

CAPÍTULO III. EL MARCO LEGAL DE LAS PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS.

1. Planteamiento inicial: una regulación dispersa y fragmentaria.

Una de las mayores dificultades con las que nos encontramos a la hora de abordar un estudio sistemático de la discriminación de precios en el ámbito del derecho europeo y español es la ausencia de una regulación unitaria de esta figura. Mientras en Estados Unidos la *Robinson Patman Act* fue promulgada en 1936 precisamente para corregir las deficiencias de la normativa general recogida en la *Sherman Act* respecto a la discriminación, tanto la legislación comunitaria de competencia como nuestro propio ordenamiento jurídico carecen de un cuerpo legal semejante, dando lugar por ello a un notable grado de inseguridad jurídica respecto a algo tan importante en el mercado y para la competencia como son las políticas de precios de las empresas.

La otra gran dificultad es que, así como en otras esferas del ordenamiento el debate se plantea en torno a la idoneidad de una determinada regulación, no es infrecuente que cuando abordamos la cuestión de la discriminación de precios lo que se discuta sea si debe existir una regulación, tanto desde la perspectiva de la conveniencia u oportunidad de dicha regulación como de la posibilidad o factibilidad de elaborar una norma capaz de regular la discriminación de precios.

Desde luego, para un sector doctrinal, la respuesta a esa cuestión no plantea ningún tipo de dudas. Se trata principalmente de los juristas-economistas asociados a la Escuela de Chicago, como el profesor POSNER (“mi conclusión es que no existe en la actualidad una prohibición general contra la discriminación de precios, y me pregunto: ¿debería existir?”¹) y el profesor BORK (“hemos comprobado que es imposible decir que, en general, la discriminación de precios es mala. De hecho, parece que en general es deseable. Y hemos visto que la Robinson Patman Act tiene bastante poca relación con la discriminación real, excepto que, por su incapacidad de tener en cuenta las diferencias en coste, crea discriminación. Aún más, si la Robinson Patman pudiera identificar esta práctica, los test que la ley prevé son ineficaces para analizar el efecto sobre el output, la única cuestión importante de la discriminación”²).

A parte de este sector doctrinal, son muchas las voces que se alzan en contra de la actual legislación sobre la discriminación de precios y, en general, en contra de que exista tal legislación. Desde una perspectiva más amplia, se ha dicho que “la cuestión principal cuando se examinan las diferentes regulaciones sobre precios discriminatorios y las directrices de la OCDE es si la discriminación de precios es susceptible de ser regulada de esta manera, y, más fundamentalmente, si la discriminación de precios debe ser o no objeto de regulación”³.

Con estas premisas, y ante la dificultad (que desarrollaremos *in extenso* en el Capítulo siguiente) de trasladar al campo jurídico una cuestión que ni la propia Teoría Económica ha sido capaz de conceptualizar con precisión y determinar sin ambigüedades sus

¹ POSNER, R. A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Univ. of Chicago Press, Chicago 1976, pág. 179.

² BORK, R. H., *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, Free Press, New York, 1993, pág. 398.

³ BLAKENEY, M., “Price Discrimination Laws: An Economic Perspective”, *Duq. L. Rev.*, Spring 1981, pág. 482.

efectos, no es de extrañar que donde existe una ley específica para regular la discriminación de precios (Estados Unidos, Canadá y Australia) esos cuerpos legales hayan sido objeto de las más feroces críticas que la doctrina ha contemplado, y en el resto de países afectados por esta práctica (todos los países de la Zona Euro, Japón, etc.) que no tienen una ley específica sobre precios discriminatorios, la regulación sea fragmentaria y esté diseminada en todo tipo de textos legales de diverso rango normativo.

Naturalmente, el debate en torno a la legislación sobre la discriminación de precios es un caso particular del debate más amplio en torno a los objetivos y la finalidad misma del Derecho antitrust, por lo que las conclusiones a las que se lleguen en éste afectarán sustancialmente a aquél. No obstante, sí nos parece interesante destacar que es precisamente la discriminación de precios una de las figuras que más frecuentemente se utiliza para ejemplificar o detallar los aspectos concretos de el “gran” debate antitrust, por lo que todo lo que se diga de ella, con las limitaciones que tiene lo particular, pensamos que será representativo de lo que se puede decir a nivel general. Así, cuando este debate alcanzó uno de sus momentos álgidos, en la segunda mitad de la década de los 70, se afirmó que “se ha dicho que nuestras leyes antitrust se están principalmente promulgando y aplicando de forma que agostan la competencia y desincentivan la eficiencia, cuando su verdadero objetivo es precisamente mantener la competencia y favorecer la eficiencia. De hecho, la sensación es que un gran número de leyes antitrust –incluidas las que hacen referencia a la discriminación de precios- son, en si mismas, anticompetitivas en sus efectos, porque se apoyan en fundamentos que no son sólidos, ni teórica ni empíricamente”⁴.

Hemos visto cómo existe un abundante volumen de obras que ponen en duda la capacidad de la ley y sus procedimientos de regular, de forma efectiva, un conjunto de fenómenos jurídico-económicos que se han venido en denominar colectivamente “prácticas restrictivas de la competencia”. En este debate a veces se ha sobreestimado el papel del análisis económico como instrumento regulador y se han ignorado criterios que no sean la maximización de la eficiencia y el bienestar del consumidor, criterios comprendidos en la denostada “teoría social del antitrust”.

Sin embargo sí parece haber consenso entre los autores en cuanto a que el mantenimiento de un orden concurrencial saneado, la competencia efectiva en el mercado, es uno de los objetivos principales del Derecho antitrust. Bajo esta consideración es cómo hay que analizar las diferentes formas que la regulación sobre discriminación de precios adopta, y ver si es la más adecuada para conseguir este propósito.

En Estados Unidos, los antecedentes legislativos de la *Robinson Patman Act*, de 1936, parecen más bien indicar que el propósito de quienes promulgaron la Ley era la protección de los pequeños comerciantes frente a los “abusos” de las grandes cadenas comerciales. Como se ha señalado insistentemente, “desde un punto de vista económico, la protección de los pequeños comerciantes de la competencia de las cadenas comerciales es contraria al objetivo general de preservar la competencia en su conjunto, ya que la desaparición de pequeños comercios puede ser simplemente un reflejo de un mercado más eficiente, suponiendo que el que negocio que desaparece es el menos eficiente”⁵.

⁴ KINTNER, E., *A Robinson-Patman Primer*, 2ª Ed., 1979, pág. 343.

⁵ BLAKENEY, M. (1981), *op.cit.*, pág. 503.

En Australia, la legislación contra la discriminación de precios, contenida en la *Trade Practices Act* de 1974, “importa” bastantes elementos de la legislación norteamericana y pretende corregir las deficiencias de ésta, ya que sólo prohíbe aquellas prácticas de discriminación de precios que “reduzcan sustancialmente la competencia en el mercado de bienes”. Al sancionar únicamente la discriminación anticompetitiva, la legislación australiana consigue integrar de forma adecuada la prohibición de dicha práctica con los fines más amplios del Derecho antitrust

En Canadá, el enfoque adoptado carece sin embargo de esta preocupación por el impacto de la discriminación sobre la competencia, ya que la Sección 50 (1) (a) de la *Competition Act* impone responsabilidades criminales a “aquellos que participan en el mercado (...) y participa, estimula o asiste a una venta en la que intencionadamente se discrimina”. Parecido enfoque es el que adopta la *Loi d’Orientation du Commerce et du l’Artisanat* en Francia, de 1973, que en su Sección 37 proscribe la “aplicación de precios discriminatorios u otras condiciones de venta que no se justifiquen por diferencias en el coste de los bienes o servicios vendidos”.

Por la influencia en los países de nuestro entorno y en la formación de nuestro propio Derecho de defensa de la competencia, dedicaremos una especial atención a la normativa existente en Alemania, recogida en los Artículos 19 (Abuso de posición dominante) y 20 (Prohibición de la discriminación; prohibición de trato desleal) la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, que ha sido además objeto de reforma en el año 1999.

Igualmente, en el Reino Unido, el Capítulo II de la *Competition Act* de 1998 recoge casi literalmente el texto del artículo 82 del Tratado CE. El Apartado 18.2.c) de dicha Ley es, a su vez, la cláusula que contiene la prohibición contra la discriminación de precios. Esta prohibición ha sido recientemente desarrollada por un documento emanado de la Office of Fair Trading, el organismo regulador británico, *OFT Technical Guidelines Assessment of Individual Agreements and Conduct*, en el que se establece que: “se considerará la discriminación de precios como abusiva sólo cuando haya evidencia de que los precios han sido excesivos o de que la discriminación se ha utilizado para reducir sensiblemente la competencia” (Párrafo nº 3.2).

Finalmente, y esto constituirá el núcleo de nuestro estudio, por lo que a España y la Unión Europea se refiere, se examinará la regulación de la discriminación de precios en el marco del *Tratado de la Unión Europea*, recogida en los Artículos 81 (Acuerdos Colusorios) y 82 (Abuso de posición dominante), así como la existente en nuestro propio ordenamiento jurídico, los arts. 1 (Conductas prohibidas) y 6 (Abuso de posición dominante) de la *Ley de Defensa de la Competencia*, el art. 16 (Discriminación y dependencia económica) de la *Ley de Competencia Desleal*, y la regulación –genérica- de la discriminación de precios contenida en la *Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

2. La Robinson Patman Act y el Tratado de Roma.

A) La Robinson Patman Act.

En Estados Unidos, a parte de la regulación general antitrust, la ley reguladora de la discriminación de precios es la *Robinson-Patman Act*, cuya génesis está ligada al enfrentamiento de las grandes cadenas comerciales (*chain stores*) contra los pequeños

comerciantes (*independant retailers*). Entre 1920 y 1930 aquellas experimentaron un vertiginoso crecimiento, llegando a triplicar su cuota de mercado, en detrimento de los pequeños comercios. Al emplear su poder de mercado para obtener importantes rebajas y descuentos de sus suministradores dejaban a los pequeños comercios indefensos ante una práctica que las leyes entonces vigentes no prohibían.

Así, cuando el sistema de distribución de las cadenas comerciales había revolucionado el sistema de compras y los hábitos comerciales en varios sectores, especialmente el alimenticio, los mayoristas y pequeños distribuidores acudieron al gobierno de los Estados Unidos para que hiciera frente a este “poder de compra” que conseguía unos precios muy bajos para sus productos y les dejaba a ellos en situación de desventaja competitiva. El Senado encargó en el año 1928 una investigación a la Federal Trade Commission, que culminó en un Informe⁶ de 1935, en el que se recomendaba reformar la Sección 2ª de la Clayton Act para prohibir la discriminación de precios. En junio de 1935 se presentó un proyecto de ley en la Cámara de Representantes, a cargo del congresista de Texas Wright Patman, y redactado con la ayuda del presidente de la *United States Wholesale Grocers Association*, H. B. Teegarden.

Este proyecto⁷ prohibía todo tipo de diferenciales de precios excepto cuando los compradores eran diferentes (mayoristas, minoristas, consumidor final) o eran diferentes los costes de fabricación, venta o entrega. No se exigía que la discriminación causara un perjuicio a la competencia o creara una posición dominante. No se contemplaban ningún tipo de defensas o excepciones. Durante la tramitación en el Congreso en el año 1935 se fueron introduciendo diferentes reformas en el texto inicial. Se presentaron textos alternativos, como el del Senador Utterback, de Iowa, o el del Senador Robinson, de Ohio.

Después de unos encarnizados debates, reformas en la redacción de los textos y en el pretendido objetivo de los mismos, y tras obtener el preceptivo dictamen de la *House Judiciary Committee* y la aprobación de ambas cámaras, la Ley Robinson-Patman fue sancionada⁸ por el Presidente Roosevelt el 19 de junio de 1936.

Desde entonces hasta la fecha esta Ley no ha parado de recibir las críticas de la doctrina estadounidense⁹ y de la misma jurisprudencia, por entender que con ella no se conseguía ni una mejora competitiva ni una mejora del bienestar sino que simplemente se protegía al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaba proteger al ineficiente a expensas del eficiente. Así, por ejemplo, en la sentencia *Fred Meyer* se dice de ella que “no es precisamente un ejemplo de claridad legislativa”¹⁰ y luego se le atribuye el calificativo de “ley notoriamente amorfa”¹¹.

⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION, THE FINAL REPORT ON THE CHAIN STORE INVESTIGATION, S. Rep. N° 4, 74th Cong., 1st Sess. 85-86 (1935).

⁷ Para un estudio exhaustivo de los diferentes textos presentados y la tramitación parlamentaria de esta ley, *Vid.*, SILCOX, C. R. y MAC INTYRE, A. E., “The Robinson Patman Act and competitive fairness: balancing the economic and social dimensions of antitrust”, *23 Antitrust Bull.* 636 (1986), págs. 636 a 647.

⁸ Para un interesante estudio del nacimiento de esta ley, *vid.* “The Distinction Between the Scope of Section 2(a) and Sections 2(d) and 2(e) of the Robinson Patman Act”, *83 Mich. L. Rev.* 6 (1985), pág. 1590 y ss.

⁹ Así, un autor, haciéndose eco de otros artículos sobre la materia, la califica con los siguientes términos: “a masterpiece of obscurity, ambiguous, contradictory, jejune and complex, whose pro-competitive objectives are misconceived and unattainable”, BLAKENEY, M., *op.cit.*, pág. 479. Por su parte, el propio BORK califica a la Robinson-Patman Act como “surely antitrust’s least glorious hour (...), the misshapen progeny of intolerable draftmanship coupled to wholly mistaken economic theory”, BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 383.

¹⁰ *F.T.C. v. Fred Meyer Inc.*, 390 U. S. 341 (1968), párrafo n° 9.

¹¹ *Ibid.*, Voto particular del Magistrado Harlan, párrafo n° 27.

La bibliografía¹² que desde entonces hasta la actualidad, ha “producido” esta controvertida Ley, no puede menos de calificarse como de abrumadora. La serie de autores que se han manifestado al respecto y las diferentes posturas que han tenido lugar a favor y en contra a lo largo de estos dos tercios de siglo refleja la dificultad intrínseca que entraña la regulación de una figura como la discriminación de precios.

Así, en una de las primeras Sentencias del Tribunal Supremo norteamericano en materia de discriminación de precios, la recaída en al asunto *Morton Salt*, se dice expresamente que “cuando se promulgó la Ley Robinson-Patman, el Congreso estaba especialmente preocupado por proteger a los negocios pequeños que eran incapaces de comprar en grandes cantidades”¹³. Esta valoración es compartida también por la mejor doctrina europea –y española- que se ha ocupado en estudiar esta ley; así, el profesor FERNÁNDEZ NOVOA, coincide en afirmar que “la Robinson Patman Act fue el fruto del movimiento contrario al poderío económico de las cadenas de supermercados que utilizaban este poderío para conseguir de sus proveedores precios más bajos que los obtenidos por los modestos mayoristas y los minoristas”¹⁴. En igual sentido se han pronunciado gran parte de autores norteamericanos¹⁵, como el profesor (y antiguo miembro de la Federal Trade Commission) CALVANI, para quien “la Robinson Patman Act es diferente. Tiene poco que ver con el término competencia, en el sentido que se le da habitualmente (...). El objetivo de la Robinson Patman Act no es la protección del proceso competitivo sino la protección de los competidores”¹⁶.

Por otro lado, en un voto particular *-dissenting opinion-* de la sentencia *Utah Pie*¹⁷ los magistrados STEWART y HARLAN afirmaron que “el Tribunal Supremo ha caído en el error de interpretar que la Ley Robinson-Patman protege a los competidores, en vez de la competencia”. A este respecto, la jurisprudencia de este órgano ha sido bastante contradictoria, ya que no es infrecuente encontrar decisiones que a lo largo del tiempo van diciendo cosas distintas, e incluso en una misma sentencia aplicar esta legislación y a la vez reconocer su efecto anticompetitivo; la ya citada *Morton Salt*, da cuenta¹⁸ de la ambigüedad de la discriminación de precios y del carácter de arma de doble filo de la regulación contenida en la Robinson Patman Act.

¹² Vid., una relación bastante completa de esta bibliografía en ABA Antitrust Section, Monograph No. 4, *The Robinson Patman Act: Policy and Law*, Volume I, 1980, págs. 159 a 178.

¹³ *F.T.C. v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948), párrafo nº 47.

¹⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la Sherman Act”, *DN*, núm. 2, 1990, pág. 99 (Nota nº 24).

¹⁵ Vid., sobre el papel que jugaron los pequeños comerciantes en la elaboración y promulgación de la normativa sobre discriminación de precios, SILCOX, C./ MacINTYRE, A., “The Robinson-Patman Act and competitive fairness: balancing the economic and social dimensions of antitrust”, *31 Antitrust Bull.* 636 (1986), págs. 636 a 647.

¹⁶ CALVANI, T. y BREIDENBACH, G., “An Introduction to the Robinson Patman Act and its Enforcement by the Government”, *59 Antitrust L. J.* 761 (1991), pág. 762.

¹⁷ *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967), párrafo nº 25.

¹⁸ “por un lado, los descuentos de cantidad pueden utilizarse arbitrariamente y sin justificación por ahorro de costes, en otorgar a los grandes compradores una ventaja discriminatoria sobre los pequeños; por otro lado, (...) nuestra calidad de vida depende en gran medida de la oferta existente de bienes a bajo precio que es posible gracias a la producción en masa y a las técnicas en la distribución, y a que las economías resultantes de las grandes transacciones han de ser transferidas hacia abajo a los consumidores finales”, *F.T.C. v. Morton Salt*, 334 U. S. 37 (1948), párrafo nº 23.

Esto queda igualmente reflejado¹⁹ en la opinión del Magistrado Warren en la Sentencia *Brown Shoe Co. v. United States*, en la que el alto Tribunal decretó la ilegalidad de la adquisición por parte de dicha empresa –fabricante de zapatos- de la firma G. R. Kinney Co., un distribuidor de zapatería. Esta decisión ha sido calificada por el Juez ROBERT H. BORK como “la peor decisión antitrust jamás dictada”²⁰ y por RICHARD A. POSNER como máximo exponente de lo errado que es proteger “los pequeños negocios en vez de el proceso competitivo”²¹.

Aunque pueda parecer sorprendente, todavía hay autores que sostienen que la historia legislativa apoya la conclusión de que el objetivo de la Robinson Patman Act es la maximización del bienestar del consumidor por la vía de fortalecer la competencia, no la protección de los pequeños comercios de la competencia de las cadenas comerciales. Así parece desprenderse del tenor literal de las debates en el Congreso de los Estados Unidos con declaraciones del tipo de “el objetivo de esta propuesta legislativa es restaurar, en la medida de lo posible, la igualdad de oportunidades en los negocios fortaleciendo las leyes antitrust y protegiendo el comercio contra las prácticas desleales y la discriminación de precios ilegal, y también contra el monopolio y las prácticas restrictivas, para la mejor protección de los consumidores, los trabajadores, y los productores independientes, comerciantes y otros hombres de negocios”²². Sin embargo, y superando la mera literalidad de los textos y mucho más, las declaraciones de intenciones, en la actualidad la postura que defiende este enfoque pro-competitivo de la Robinson Patman Act está desacreditada por completo, por los motivos que veremos a continuación.

El texto de la Sección 2 (a) de la Ley establece que:

“Se prohíbe a cualquier persona que participe en una relación comercial, en el curso de dicha relación, discriminar en precio –directa o indirectamente- entre compradores de bienes de igual cantidad y calidad, cuando ambos compradores, o uno de ellos, participan en el comercio, y cuando dichos bienes son vendidos para su uso, consumo o reventa en los Estados Unidos ... y cuando el efecto de dicha discriminación es reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio en alguna fase del mercado, o perjudicar, destruir o eliminar la competencia con cualquier persona que bien da o conscientemente recibe el beneficio de dicha discriminación, o los clientes de cualquiera de ellos”.

¹⁹ “por supuesto, algunas de las consecuencias de la integración de las grandes cadenas comerciales son beneficiosas para los consumidores. La expansión de estas cadenas no puede reputarse ilegal por el mero hecho de que las pequeñas tiendas pueden resultar perjudicadas. La Ley (Sherman) protege la competencia, no a los competidores. Sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta la intención del Congreso de proteger la competencia a través de la protección de los pequeños negocios, propiedad de agentes locales. El Congreso es consciente de que el mantenimiento de una industria y un mercado fragmentados dará lugar ocasionalmente a mayores costes y precios. Sin embargo, ha resuelto estas consideraciones competitivas a favor de la descentralización”, 370 U. S. 294 (1962).

²⁰ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 210.

²¹ POSNER, R. A., *op.cit.*, págs. 101 y 108.

²² H. R. REP. N° 2287, 74th Cong., 2nd Sess. 3 (1936).

Hemos visto que la Robinson Patman Act se promulgó para corregir las deficiencias que la Sección 2ª de la Clayton Act presentaba, ya que el Congreso entendía que muchas diferencias de precios eran en el fondo prácticas predatorias ejercidas gracias al poder de mercado, y no estaban en absoluto justificadas desde un punto de vista económico. Por ello se pensó que la nueva ley corregiría esto al prohibir la discriminación entre clientes del mismo vendedor que no estuvieran justificadas por diferencias económicas “notables” en la situación relativa de sus negocios o en el coste de servirles. Se supone, pues, que al permitir las diferencias de precios que estuvieran justificadas por una diferencia de costes, la ley sería coherente con un planteamiento global de maximización del bienestar del consumidor y promoción de la competencia. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver en el apartado correspondiente, esta justificación basada en coste es, en la práctica, totalmente inoperante.

B) El Tratado de la Unión Europea.

El Tratado de la Unión Europea, por su parte, contiene dos artículos que prohíben la discriminación de precios: el Art. 81.1. d):

“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: ... d) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”;

y el Art. 82.c):

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: ... c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

Una cuestión que ha suscitado un amplio debate en la doctrina²³, es si el efecto combinado de ambos da lugar a una prohibición general contra la discriminación de precios en el seno del derecho comunitario de competencia, o, por el contrario, sólo se prohíbe esta práctica cuando la misma es simplemente un “caso particular” de unas categorías más amplias que el Derecho antitrust europeo conoce: una práctica concertada del artículo 81.1, o un abuso de posición de dominio del art. 82.

²³ Vid., por todos, BLAKENEY, M., “The Foreign Face of Robinson-Patman: Comparative Price Discrimination Laws”, *Syracuse J. Int'l L.*, Vol. 9 (21), Spring 1982, págs. 34 y ss., a quien seguimos en esta parte de la exposición.

a) Un antecedente histórico: el Tratado CECA.

Un “antecedente histórico” de la prohibición contra la discriminación de precios²⁴ en el ámbito de la Unión Europea está contenido en el Tratado de París, de 1951, por el que se constituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero²⁵ -la CECA-. En efecto, la CECA supuso una anticipación de la Unión Aduanera, limitada en este caso al carbón y al acero. Su origen inmediato se encuentra en la *Declaración Schuman* (Ministro francés de Asuntos Exteriores) de 1950, en la que proponía colocar el conjunto de la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una Alta Autoridad común, en una organización abierta a los demás países. Esta Declaración dio lugar a una Conferencia preparatoria hasta llegar al 19 de marzo de 1951 en que se firmó el Tratado en París.

La CECA tiene como objetivo construir un Mercado Común del carbón y del acero (art. 2 TCECA), para lo cual declara incompatibles y suprime y prohíbe los derechos de entrada y salida, o exacciones de efecto equivalente, y las restricciones cuantitativas a la circulación de los productos; las medidas o prácticas que establecen una discriminación entre productores, entre compradores o entre usuarios, especialmente en lo que concierne a las condiciones de precios o de entrega y a las tarifas de transporte, así como las medidas o prácticas que obstaculicen la libre elección por el comprador de su abastecedor; las subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma; las prácticas restrictivas tendentes al reparto o explotación de los mercados (art. 4 TCECA).

Por tanto, estos artículos del Tratado de la CECA lo que establecen es el marco de un mercado en régimen de libre competencia para el carbón y el acero. Ya en el artículo 3 dejó establecido que las Instituciones de la CECA deberían asegurar la igualdad de acceso a las fuentes de producción, velar por unos precios al nivel más bajo posible, mantener condiciones que estimulen el desarrollo y la mejora de la capacidad de producción, etc. El mercado del carbón y del acero constituye así un mercado especial dentro del mercado general, cuya construcción se basa precisamente en la aplicación de normas de competencia. De ahí el paralelismo entre los preceptos del Tratado CECA y los del Tratado CE que se dedican a la competencia.

Dentro de esas normas, los artículos 60 a 64 del Tratado CECA se refieren a la intervención en los precios para evitar las prácticas contrarias a los fines y objetivos del Tratado, atribuyendo a los órganos de la Comunidad poderes para su fijación.

El Artículo 60.1 establece:

“Quedarán prohibidas, en materia de precios, las prácticas contrarias a los artículos 2, 3 y 4, y especialmente: (...) las prácticas discriminatorias que comporte, en el Mercado Común, la aplicación por un vendedor de

²⁴ *Vid.*, para un estudio detallado de la prohibición contra la discriminación de precios en la CECA, MUELLER, H., “The Prohibition of Price Discrimination in The European Coal and Steel Community: The Rules and their Enforcement”, *9 Antitrust Bull.* 733, Julio-Agosto 1966, págs. 733 a 765.

²⁵ Para un estudio exhaustivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, *Vid.*, DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 253 y ss.

condiciones desiguales a transacciones comparables, especialmente en razón a la nacionalidad de los compradores”.

Esta “comparabilidad de transacciones” recuerda la regla de la Robinson Patman Act. Al ser el carbón y el acero productos homogéneos, que habitualmente se venden en grandes cantidades industriales y en el contexto de relaciones comerciales continuadas, los tipos de discriminación más frecuentes serán los que hagan referencia a grupos de transacciones y clientes con peculiaridades específicas. Los únicos problemas de comparabilidad tendrán lugar, pues, en aquellos aceros especiales (aleaciones, aceros inoxidables, etc.) que se venden bajo marcas registradas y en los que la innovación juega un papel más importante que en los aceros producidos en bruto. Sin embargo, a diferencia de la legislación norteamericana, el efecto de la discriminación sobre la competencia –o aún sobre los competidores- no es relevante a los efectos de infringir el art. 60 del Tratado de París. Sí se tiene en cuenta para establecer la comparación entre transacciones, ya que una vez que ésta es establecida, la prohibición de la discriminación de precios es absoluta, con independencia de su efecto sobre la competencia.

También en el Tratado CECA y en su prohibición contra la discriminación de precios está latente el debate sobre los objetivos del Derecho antitrust. Respecto a esta cuestión y la comparación entre el TCECA y la Robinson Patman Act se ha puesto de manifiesto que “aunque la competencia se ve como uno de los medios más importantes con los que promover el bienestar económico de los miembros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el Tratado no está plenamente convencido de que el proceso competitivo asegurará también la justicia distributiva, planteamiento que sin embargo inspira hondamente el Derecho antitrust norteamericano”²⁶.

Por su parte, la jurisprudencia que aborda temas relativos al Tratado CECA sobre acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas encaminadas a la fijación de precios, el reparto de mercados o articular sistemas de intercambio de información son abundantísimas, y afectan a las “grandes” empresas siderúrgicas en prácticamente todos los países comunitarios: la española *Aristrain*²⁷, la inglesa *British Steel plc*²⁸, la alemana *Krupp Hoesch Stahl AG*²⁹ o la francesa *Société française des aciers longs SA*³⁰.

b) El transporte en el TCE.

Por otro lado, desde el punto de vista del TCE el transporte es un servicio (“prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración” -art. 60-), que está expresamente excluido de las normas de la libre circulación de servicios, y sometido a normas especiales. Así, en el artículo 61 TCE se dispone que “la libre prestación de

²⁶ BLAKENEY, M. (1982), *op.cit.*, pág. 44.

²⁷ Sentencia del TPI, de 11 de marzo de 1999, *Siderúrgica Aristrain Madrid, S.L. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-156/94.

²⁸ Sentencia del TPI, de 7 de julio de 1999, *British Steel plc c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-89/96.

²⁹ Sentencia del TPI, de 11 de marzo de 1999, *Krupp Hoesch Stahl AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-147/94.

³⁰ Sentencia del TPI, de 11 de marzo de 1999, *Unimétal – Société française des aciers longs S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-145/94.

servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del Título relativo a los transportes”.

Este Título es el IV de la Parte Tercera, que abarca los artículos 74 a 84, y que se completan con numerosos textos de Derecho derivado, que se justifican por la importancia económica de este sector, su gran diversificación y por que en el transporte inciden la política industrial y la política de la competencia, pues las diferentes formas de protección o exclusividad existentes en los países miembros constituyen obstáculos origen de discriminaciones y distorsiones del mercado.

El art. 79 establece que:

“a más tardar, antes de finalizar la segunda etapa, deberán suprimirse, respecto del tráfico dentro de la Comunidad, las discriminaciones que consistan en la aplicación por un transportista, para las mismas mercancías y las mismas relaciones de tráfico, de precios y condiciones de transportes diferentes en razón del país de origen o del destino de los productos transportados”.

Por sectores, las políticas de transportes persiguen el establecimiento de un Mercado Común de los transportes, organizado conforme a reglas comunitarias, en el que se asegure la supresión de toda discriminación. Así, en el subsector de los *transportes terrestres*, el objetivo es que la distribución óptima del tráfico entre los diversos medios y Empresas debe asegurarse por el juego de la libre competencia , evitando que tal distribución se base en normas de discriminación tarifarias o de otra naturaleza (art. 75). También se contienen en el TCE normas encaminadas a evitar y prohibir que los Estados miembros utilicen el *transporte aéreo* como instrumento de discriminación de precios y condiciones de las mercancías o servicios sobre los que incide, convirtiéndose así en una forma de medidas equivalentes a aranceles o barreras fiscales.

C) Diferencias entre la RPA y el Tratado de la Unión Europea.

Aunque la legislación específica contra la discriminación de precios está contenida en la Robinson Patman Act, sus raíces están en la *Sherman Act*, de 1890, que contiene los principios básicos del derecho antitrust estadounidense. En efecto, en su Sección 2ª declara prohibido “monopolizar, intentar monopolizar, o ponerse de acuerdo con otro u otros para monopolizar...”³¹. La comparación con el artículo 82 del Tratado UE surge de modo inevitable, ya que ambos tratan del comportamiento de empresas singulares, y ‘monopolio’ es equivalente a ‘posición de dominio’. Sin embargo, como seguidamente veremos, las diferencias también son patentes. En relación a la cláusula de la discriminación de precios, del apartado 2.c) del artículo 82, que prohíbe dicha conducta cuando perjudica a los clientes de la empresa que la lleva a cabo, se remarcan más estas diferencias, ya que, como se ha señalado acertadamente “la Sección 2ª de la *Sherman Act* se ha aplicado a los precios predatorios, prestando atención a los competidores del vendedor, mientras que los efectos en el segundo nivel (los clientes de los competidores) tienen poco que ver con la exclusión de los competidores. Sin la Robinson Patman Act, el Derecho antitrust norteamericano no

³¹ 15 U. S. C. § 2.

prohibiría la discriminación de precios si no hay un efecto significativo en el primer nivel. El hecho de que se incluya dicha conducta en el artículo 82 es reflejo de que se contemplan objetivos distintos a la mera explotación de los consumidores o el reforzamiento del poder de mercado a través de la exclusión de los competidores”³².

Por tanto, podemos decir que se advierten básicamente cuatro grandes diferencias entre la Robinson Patman Act y el Tratado de la Unión Europea, la legislación europea y la norteamericana, respecto a la discriminación de precios:

1) En primer lugar, son cuerpos normativos que tienen objetivos de política legislativa distintos. A esto hemos hecho amplia referencia en el Capítulo anterior al hablar de los objetivos del Derecho antitrust, y las diferentes funciones que esta rama del ordenamiento jurídico cumple en Estados Unidos y en la Unión Europea.

Cuando se promulgó el Tratado de Roma en 1957, los “padres constituyentes” de la entonces Comunidad Económica Europea no pretendieron elaborar una Carta Magna de las libertades económicas sino establecer un marco legal, unas condiciones que permitieran la creación de un comercio libre en el seno del Mercado Común. Ya hemos visto en qué medida este fin informa y condiciona la formulación y la aplicación del derecho comunitario de competencia. De ahí que la regulación de los comportamientos concretos de las empresas hayan sido una preocupación que la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han tenido siempre en segundo plano. Los pronunciamientos de ambos órganos no se han preocupado tanto de si existían unas auténticas condiciones de competencia, sino simplemente de si había tenido lugar una conducta abusiva o colusoria.

Este enfoque de “comportamiento” más que “estructural” es lo que ha motivado las no pequeñas diferencias entre los miembros de la Dirección General de Competencia (antigua *DG-IV*) y los de la Dirección General de Mercado Interior (antigua *DG-XV*) en el seno de la Comisión. No en vano se ha señalado que “aunque las políticas de mercado y las políticas de competencia se pueden considerar como *sustitutivas*, en la medida en que ambas son instrumentos de política legislativa que afectan a la apertura de los mercados y a su estructura, son, sin embargo, *sustitutivos imperfectos*”³³. Y es que con sanciones, con remedios ocasionales, no se abordan las reformas estructurales que la Unión Europea necesita, y cuya carencia se comprueba fácilmente con la existencia de profundas y alarmantes disparidades de precios en determinados sectores –como, p. ej., el automóvil³⁴–,

³² KAUPER, T., “EC Competition Law – The Road to 1992: Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal”, *59 Antitrust L. J.* 441, 38th Annual Meeting of the American Bar Association, 1990, pág. 441.

³³ BILAL, S. y OLARREAGA, M., “Regionalism, Competition Policy and Abuse of Dominant Position”, *J. World Trade*, Vol. 32, nº 3, Junio 1998, pág. 153 (la cursiva es añadida).

³⁴ El primer semestre del año 2000 ha presenciado un amplio debate sobre la existencia de disparidades de precio en el sector automovilístico en el seno de la Unión Europea. Junto a las frecuentes notas de prensa de la Comisión (*Precios de los coches en la UE a 1 de noviembre de 1998: disminuyen las diferencias*, IP/99/60, 1 de febrero de 1999; *Los precios de los coches en la UE a 1 de mayo de 1999 en nueva presentación: las diferencias permanecen elevadas*, IP/00/554, 22 de junio de 1999; *Precios de los coches en la UE: los diferenciales entre los Estados miembros de la zona euro disminuyen ligeramente*, IP/00/121, 7 de febrero de 2000; *Precios de los coches en la UE: los diferenciales son elevados*, IP/00/781, 13 de julio de 2000), es de destacar sobre todo la publicación del *Informe sobre los diferenciales de precios de los coches en la Unión Europea a 1 de mayo de 2000*, y la voluntad declarada del Comisario Monti de hacer frente a esta cuestión. Para un estudio exhaustivo de la cuestión, *Vid.*, el documentado trabajo de GOLDBERG, P. K. y

después de más de 40 años de supuesto “mercado común”. Esta falta de perspectiva de nuestras autoridades de competencia explica también el hecho de que se sigan sancionando conductas –como p. ej. aquellas prácticas que las empresas llevan a cabo para evitar el comercio paralelo de sus productos- que pretendidamente “falsean” la competencia, cuando el problema real es que hay sectores –como p. ej. del sector de las especialidades farmacéuticas³⁵- en los que no existen verdaderas condiciones de competencia.

2) En segundo lugar, el “catálogo” de excepciones o posibles justificaciones a la discriminación de precios es diferente en una y otra legislación, cuestión que resulta evidente de la simple comparación del art. 81.3 del Tratado de la Unión Europea (acuerdos exentos)³⁶ y las *affirmative defenses* de la Robinson Patman Act están contenidas en los párrafos 2º y 4º de la Sección 2 (a) y la Sección 2 (b).

La justificación de la normativa europea incorpora una cierta noción de “beneficio social” y es más amplia que las justificaciones de la normativa americana. Se ha señalado igualmente que el art. 82, que regula la discriminación de precios desde la perspectiva del abuso de posición de dominio carece de una excepción paralela a la contenida en el art. 81.1.

3) La tercera diferencia fundamental estriba en que el Tratado de la Unión Europea prohíbe una variedad de prácticas discriminatorias mucho mayor que la Robinson Patman Act. Tanto el art. 81 como el 82 hablan de aplicar “condiciones desiguales” para prestaciones equivalentes; en una relación comercial, aunque es evidente que el precio es el principal de los factores que determina la corrección o incorrección de la transacción desde el punto de vista del derecho de la competencia, resulta claro que el abuso puede llevarse a cabo a través de otros muchos elementos: financiación, descuentos, crédito, condiciones de entrega, calidad, horario, servicio post venta, etc. La discriminación en estos otros elementos de la prestación, diferentes del precio, es también objeto de estudio más detallado en un Apartado posterior.

4) Finalmente, la cuarta diferencia fundamental es que en la Unión Europea “no hay una norma equivalente a la Robinson Patman Act norteamericana en el sentido de que no se prohíbe la discriminación de precios cuando ésta es llevada a cabo por una única empresa que no tiene poder de mercado”³⁷, es decir, no está en una posición dominante. Esto ha llevado a afirmar al profesor WAELBROECK que “el artículo 85.1. d) no es, por tanto, el

VERBOVEN, F., “The evolution of price dispersion in the European Car Market”, Centre for Economic Policy Research, *Discussion Paper n° 2029*, Diciembre 1998.

³⁵ *Vid.*, DÍEZ ESTELLA, F., “Los precios discriminatorios como defensa frente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la Unión Europea (Comentario a la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 16 de octubre de 1998, Expte. MC 29/98, GLAXO)”, *Noticias de la UE*, n° 180, Enero 2000, págs. 63 a 74.

³⁶ Este artículo prevé que la prohibición del Párrafo 1º del mismo no será aplicable a aquellos acuerdos que: “...contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o promuevan el desarrollo técnico o económico, mientras que permitan a los consumidores participar de dichos beneficios y no: (a) impongan a las empresas afectadas más restricciones que las necesarias para alcanzar estos objetivos; (b) permitan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión”.

³⁷ SPINKS, S. O., “Exclusive Dealing, Discrimination, and Discounts under EC Competition Law”, *67 Antitrust L. J.* 641, 2000, pág. 641.

equivalente europeo de la Robinson Patman Act”³⁸, y así ha quedado recogido también por la jurisprudencia europea, que en pronunciamientos como la Sentencia *Viho Europe*³⁹, del Tribunal de Primera Instancia, ha insistido (Fto. Jco. nº 61) en que:

“la discriminación que el artículo 85.1. d) prohíbe debe ser el resultado de un acuerdo, decisión o práctica concertada entre entidades económicas distintas e independientes, y no el resultado de una conducta unilateral llevada a cabo por una empresa singular”.

3. La regulación de la discriminación de precios.

Veremos, a continuación, las diferentes modalidades de discriminación que se presentan en la práctica, cuando se considera esta figura desde el punto de vista de la regulación jurídica de que ha sido objeto. Como tendremos oportunidad de comprobar, en no pocas ocasiones el “ropaje jurídico” con el que se ha querido revestir la práctica de la discriminación de precios tiene bastante poco que ver con su naturaleza jurídico-económica. En otras ocasiones sí se ha delimitado correctamente el alcance de la discriminación y las circunstancias concretas bajo las cuales es una práctica sancionable.

En todo este apartado se irá analizando principalmente la normativa europea, y la española en la medida en que aporte algún matiz diferencial, pues en este ámbito del derecho nuestra regulación es fiel reflejo de la normativa comunitaria. Al hilo de las diferentes cuestiones que vayan surgiendo se irán detallando qué aspectos concretos de dicha regulación se han inspirado en el Derecho antitrust norteamericano.

A) El abuso de posición de dominio discriminante en precios.

No procede aquí un análisis exhaustivo de la figura del abuso de posición dominante, pues no es ése el objetivo de este apartado; lo que se pretende ahora es delimitar el contexto legal de las prácticas abusivas para ver en qué medida se puede considerar a la discriminación de precios como una de ellas. Por ello, aunque haremos expresa mención de las Sentencias más importantes tanto en la jurisprudencia americana como europea que han “configurado” los conceptos de posición de dominio y abuso, no se trata de un estudio en profundidad de dichas figuras. A tal efecto nos remitimos a alguno de los excelentes estudios doctrinales publicados sobre la cuestión⁴⁰, así como para encontrar una relación

³⁸ WAELBROECK, M., “Price Discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law” *Fordham Corporate Law Institute*, 22nd Annual Conference, 26 y 27 Oct, 1995, (Barry Hawk Editor, 1996), Chapter 10, pág. 149.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de enero de 1995, *Viho Europe BV c. Comisión de la Comunidad Europea*, Asunto T-102/92, E.C.R. (1995) p. II-0017.

⁴⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Libre Competencia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 983 a 1017; DÍEZ MORENO, F., “El abuso de posición dominante: el artículo 86 del Tratado CEE”, *Noticias CEE*, nº 29, 1987, págs. 31 y ss.; JEBSEN, P. y STEVENS, R., “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union”, *64 Antitrust L. J.* 443 (1996), págs. 443 a 517; MATILLA ALEGRE, R., “Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs.

bastante completa de las Resoluciones de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a la determinación de la posición de dominio⁴¹. Si intentaremos esbozar las principales diferencias entre la legislación y la práctica procesal -americana y europea- y la opinión que, a nuestro juicio, merece la actual jurisprudencia comunitaria en torno a esta figura.

Por lo que a nuestro propio ordenamiento se refiere, la novedad más esencial está en la reforma de esta figura operada por la ya citada Ley 52/99, reforma cuyo impacto está todavía por comprobar. Al ser ésta un área en la que se mezclan los ordenamientos españoles antitrust y de deslealtad concurrencial, el análisis de las nuevas figuras nos ha parecido mejor llevarlo a cabo en el epígrafe dedicado a la discriminación de precios como acto de deslealtad en el mercado. En cualquier caso, a partir de la Ley 52/99, se considera como una conducta abusiva y por tanto contraria a la libre competencia, la explotación de una posición de dominio (art. 6.1.a) LDC), así como la explotación de una situación de dependencia económica (art. 6.1.b) LDC), que queda definida en idénticos términos al art. 16.2 LCD. Igualmente, se añaden al elenco de posibles prácticas abusivas los dos nuevos supuestos (ruptura de relaciones comerciales y obtención de mejores condiciones comerciales)⁴² en las letras f) y g) del apartado 2 del art. 6 LDC.

Esta nueva configuración del art. 6 LDC ha recibido todo tipo de calificativos, por lo general bastante negativos, llegándose a afirmar que la reforma de esta figura es un “disparate”⁴³ y que la introducción de elementos extraños en este artículo le da un cierto “aire extravagante”⁴⁴, y ello por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, con la “duplicación” de la figura, se difumina la tradicional prohibición del abuso de posición de dominio. Ya no existe una única cláusula general de interdicción del abuso, ahora hay dos cláusulas generales ambas matizadas por la necesidad de la existencia de una explotación abusiva.

b) La regulación de la explotación de una situación de dependencia económica en sede del art. 6 LDC parece innecesaria, ya que, de una parte, su régimen jurídico se encontraba ya previsto en el art. 16.2 LCD, y de otra, se olvida que el Tribunal de Defensa de la Competencia puede aplicar el supuesto de hecho recogido en el art. 16.2 LCD por la

699 y ss.; KORAH, V., “Concept of a dominant position within the meaning of article 86”, *CMLR*, nº 17, 1980, págs. 395 a 414.

⁴¹ PETIT, M^a VICTORIA, “Determinación de la posición de dominio”, *RGD*, núm. 562-563, Julio-Agosto 1991, págs. 6445 a 6482.

⁴² f) *La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.*

g) *La obtención, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.*

⁴³ BERENGUER FUSTER, L. y GINER PARREÑO, C., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *DN*, Año 11, nº 114, Marzo 2000, pág. 27.

⁴⁴ PASCUAL Y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 205, Ene-Feb. 2000, pág. 20.

vía del art. 7 LDC, que prohíbe el falseamiento sensible de la competencia por actos de deslealtad en el mercado⁴⁵.

El artículo 82 es un instrumento para controlar el ejercicio abusivo del poder de mercado o poder monopolístico. Comporta básicamente dos elementos⁴⁶: una situación en la que la estructura de la competencia está debilitada como resultado de la presencia misma de la empresa en cuestión (*posición dominante*) y una conducta por parte de tal empresa que tiene el efecto de poner en peligro el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado, o el incremento de tal competencia (*abuso*). Tal conducta encajará fácilmente en alguna de las descritas en los ejemplos enumerados en los párrafos *a)* al *d)* del artículo 82.

Por tanto, el artículo 82 es consecuencia de la aplicación del objetivo general del artículo 3 (g) –antiguamente artículo 3 (f)- del Tratado, de que la acción de la Comunidad incluirá “el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común”. La vinculación entre ambos preceptos tiene más importancia de lo que habitualmente se piensa; como se ha señalado acertadamente, “de hecho, uno de los mayores argumentos legales que apoyan la tesis de que el artículo 82 prohíbe todo tipo de comportamientos anticompetitivos es el artículo 3 (g) del Tratado CE. Las Sentencias *Continental Can* y *Commercial Solvents* han mantenido, y las Sentencias *United Brands* y *Hoffmann-La Roche* han confirmado, que el artículo 3 (g) puede utilizarse para decir qué prácticas son las prohibidas por el artículo 82”⁴⁷.

Este concepto de las conductas abusivas y de la posición de dominio se fundamenta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad en el asunto *Continental Can*⁴⁸ y en toda la elaboración doctrinal que le siguió. En general, el concepto esencial de cara a la determinación de la posición de dominio es “la capacidad de actuación con independencia de las fuerzas del mercado o de los competidores”⁴⁹.

En la interpretación del artículo 82 deben tenerse en cuenta criterios predominantemente económicos, y puesto que ni el Tratado ni los Reglamentos comunitarios han dado una definición precisa de qué ha de entenderse por posición de dominio, suele recurrirse a las Decisiones de la Comisión y a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En la propia jurisprudencia no es infrecuente encontrarse con “quejas” por la falta de precisión de este concepto; así, en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, la recurrente alegó⁵⁰ que los conceptos de posición dominante y abuso

⁴⁵ Sobre la difícil articulación del art. 7 LDC en relación con la normativa de competencia desleal, *Vid.*, DÍEZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 213, Mayo /Junio 2001, págs. 1 a 26.

⁴⁶ *Vid.*, por todos, BELLAMY, C./CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* (Edición española a cargo de Enric Picañol), Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 515 a 525.

⁴⁷ TEMPLE LANG, J., “Monopolisation and the definition of abuse of a dominant position under Article 86 EEC Treaty”, *CMLR*, 1979, pág. 351.

⁴⁸ *Europemballage Corp. and Continental Can c. Comisión*, Asunto 6/72, (1973) E.C.R. 215.

⁴⁹ KORAH, V., *An Introductory Guide to European Community Competition Law and Practice*, Ed. Maxwell, 5ª ed., 1994, pág. 69.

⁵⁰ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Caso 85/76, *E.C.R.* (1979) p. 0461, párrafo nº 4: “la Comisión no multará las infracciones del artículo 86 hasta que se haya dado a esos conceptos un significado específico propio, bien por la vía de la práctica administrativa o por la jurisprudencia, y que permita a las empresas saber a qué atenerse”.

de posición de dominio se encuentran entre los más indefinidos e indeterminados del derecho comunitario.

Por ello, y ante la necesidad de englobar las diversas manifestaciones de dominación económica sobre los diversos mercados, la noción de posición dominante debe ser relativamente flexible, y supone, en principio, una manifestación del concepto de poder económico. Al decidir si una acción determinada cae en el ámbito del artículo 82 es necesario considerar:

- 1) Si existe una posición dominante, mantenida por una o más empresas en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.
- 2) Si existe un abuso de tal posición dominante.
- 3) Si el comercio entre Estados miembros puede quedar afectado por ello.

Como se ha señalado acertadamente, “no puede ocultarse la importancia que a estos efectos debe tener la perspectiva utilizada y, concretamente, los criterios denominados de estructura, de comportamiento y de resultados”⁵¹. La *estructura* la constituyen aquellas condiciones exteriores a la empresa, relativamente permanentes o lentamente cambiantes, que afectan o determinan el modo de actuar de las empresas, o que influyen estratégicamente en la naturaleza de la competencia o de los precios. Los *comportamientos* de mercado serán las actuaciones de todo tipo que las empresas realizan en la elaboración y aplicación de sus políticas de precios, producción, venta, etc. Finalmente, los *resultados* suponen una valoración final del proceso constituido por unas determinadas políticas de mercado. De la aplicación de este triple test se obtendrá la conclusión de la existencia o no de práctica abusiva.

La aplicación de este triple test evoca, por su misma naturaleza, el controvertido modelo S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*), que tanto predicamento tuvo a partir de la década de los 50 en el análisis antitrust⁵², y que -estando aún en “fase de maduración”- fue objeto de severas críticas, especialmente por los autores ligados a la Escuela de Chicago⁵³.

⁵¹ DÍEZ MORENO, F. (1996), *op.cit.*, pág. 440.

⁵² *Vid.*, HOVENKAMP, H., *op.cit.*, págs. 42 y ss. El desarrollo del modelo S-C-P se lo debemos a JOE S. BAIN, probablemente uno de los economistas que más ha influido en la irrupción del análisis económico en las políticas antitrust. Su postulado esencial es que hay determinadas estructuras de mercado, especialmente un elevado nivel de concentración empresarial acompañado de fuertes barreras de entrada que “impondrán” determinados tipos de conducta, como por ejemplo comportamientos oligopolísticos. Este comportamiento tendrá como consecuencia disminuir la calidad de los resultados obtenidos en el mercado, básicamente un reducido nivel de output y precios monopolísticos. Un corolario de esta doctrina es que las soluciones que el derecho antitrust aporte encaminadas a corregir la conducta de una determinada empresa (o grupo de empresas) no tendrá ningún tipo de efectividad en mercados altamente concentrados, ya que la tendencia a desarrollar las conductas perseguidas es inherente a ese sector.

⁵³ *Vid.*, como reflejo de las discusiones sobre la validez del modelo S-C-P, entre otros, MURIS, T., “Economics and Antitrust”, 5 *Geo. Mason L. Rev.* 303 (1997); POSNER, R. A., “The Chicago School of Antitrust Analysis”, 127 *U. Pa. L. Rev.* 925, 1979; JACOBS, M.S., “An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics”, 74 *N.C.L. Rev.* 219, 1995; WEISS, L.W., “The S-C-P Paradigm and Antitrust”, 127 *U. Pa. L. Rev.* 1104, 1979. Aunque no se trata aquí de llevar a cabo un análisis exhaustivo de esta discusión, somos de la opinión de que, a pesar de dichas críticas, la virtualidad del modelo S-C-P en la actualidad no es, ni mucho menos, inexistente. Si bien es verdad que algunos de sus postulados exigen un sin fin de matizaciones y que quizá han ido demasiado lejos dando prioridad a cuestiones estructurales sobre los aspectos del comportamiento, no es menos cierto que el análisis antitrust sería imposible sin un enfoque estructuralista, y la existencia de dicho enfoque se la debemos principalmente al modelo *Structure-Conduct-Performance*.

Como puede fácilmente advertirse, conjugar estos tres elementos y hacerlo de forma correcta no es una cuestión que le esté resultando fácil ni al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ni a la Comisión Europea. Como veremos seguidamente, en el concepto de “abuso” que los órganos comunitarios manejan se asume que la competencia está debilitada por definición en un mercado en el que existe una empresa dominante. Ello implica que cualquier *comportamiento* de dicha empresa que afecte a la *estructura* del mercado y que tenga como *resultado* reducir la competencia o impedir su desarrollo puede constituir un abuso. Sin embargo, toda competencia lícita –fundamentada en la mejora de las propias prestaciones, en la mayor eficiencia- tiene por objeto natural vender más que los competidores; arrebatarles terreno, cuota de mercado. En definitiva, la actuación de una empresa en un régimen de libre mercado siempre “perjudica” a otra u otras. En estas condiciones, la distinción entre prácticas normales y competitivas y prácticas anticompetitivas tiene contornos muy poco delimitados.

Por otro lado, el hecho de que cualquier comportamiento de una empresa situada en posición dominante, que reduzca el grado de competencia existente en el mercado, pueda ser contrario al artículo 82 del Tratado CE, a pesar de que ese comportamiento no implique lo que tradicionalmente se ha conocido como efectos restrictivos (*restraints of trade*), es desde luego una conclusión que merece ser objeto de estudio y de consideración. Aún a riesgo de adelantar conceptos que son objeto de análisis más adelante, lo que principalmente se critica a este respecto es la ambigüedad de algunos razonamientos del Tribunal de Justicia, que –precisamente por no establecer adecuadamente las relaciones entre la estructura, el comportamiento y los efectos- adolecen de cierta lógica en su construcción. Es el caso de la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, en la que se afirma que “*sin embargo, si hay una posición dominante, el mantenimiento de cuotas de mercado puede ser un indicador de que dicha posición se está manteniendo y, por otro lado, los métodos para mantener esa posición pueden ser un abuso previsto por el artículo 86 del Tratado*”⁵⁴. Como se ha señalado⁵⁵, no se entiende muy bien la distinción entre “mantenimiento de cuotas de mercado” (en el sentido de posición dominante) y “métodos” usados para ese propósito (en el sentido de abuso). A lo que lleva este tipo de razonamientos es a borrar por completo la diferencia entre situaciones en las que la conducta es indicativa de la existencia de una *posición dominante* y aquellas situaciones en las que la misma conducta es indicativa de la existencia de un *abuso* de dicha posición.

a) Análisis previo: la definición de mercado.

Un paso previo a cualquier actuación en el campo del Derecho de la competencia encaminada a valorar el carácter competitivo o anticompetitivo de una determinada conducta es la definición del mercado relevante -mercado de referencia-, tanto geográfico como de producto. En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio o el control de concentraciones, la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión. Esto es así no porque la definición de mercado sea un fin en si mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del

⁵⁴ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *cit.*, párrafo nº 45.

⁵⁵ AL-DABBAH, MAHER M., “Conduct, Dominance and Abuse in Market Relationship: Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 E. C.”, *ECLR*, Vol. 21, Issue 1, Enero 2000, pág. 49.

marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores.

De ahí que, en la medida en que los intentos que se han llevado a cabo para una evaluación directa del poder de mercado son, hasta el momento, demasiado imprecisos o poco prácticos desde el punto de vista de su aplicación por los Jueces y las autoridades de competencia, la definición de mercado relevante seguirá siendo la cuestión crítica en los temas antitrust y, en última instancia, marcará el resultado final del caso. Sin embargo, en un texto que tiene carácter de lamento, el Nóbel GEORGE J. STIGLER afirma que “mi queja es que esta batalla de la definición de mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de demanda y de oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica”⁵⁶.

Esta cuestión ha sido objeto de numerosas publicaciones tanto en la doctrina norteamericana como comunitaria, y tema también frecuente de declaraciones institucionales por parte de las autoridades antitrust. En este sentido, la Comisión Europea ha marcado un hito especial con la publicación en 1997 de la “*Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*”⁵⁷ que recoge numerosos elementos del tratamiento de la figura en el ámbito del Derecho antitrust norteamericano contenido en las *Merger Guidelines*⁵⁸, publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, y en sus sucesivas reediciones de 1984 y 1992. La publicación de este importante documento ha tenido, en general, una buena acogida en la doctrina⁵⁹, y pone de manifiesto una vez más en qué medida la Teoría Económica está dando forma a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia⁶⁰.

La *Comunicación* también identifica tres fuentes principales de presiones a las que se ven sometidas las empresas en los asuntos de competencia: la sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. Al igual que sus predecesores norteamericanos, las autoridades comunitarias de competencia establecen que se prestará especial atención únicamente al primero.

El criterio de la sustituibilidad en la demanda como criterio delimitador del mercado relevante goza en la actualidad de general aceptación. No siempre se adoptará de forma explícita, por lo menos con la claridad con la que el Tribunal de Justicia lo empleaba en las primeras Sentencias. Así, en la ya citada *United Brands c. Comisión*, las peculiaridades de la fruta objeto de litigio, el plátano (producción durante todo el año, elemento importante en dietas médicas y de ancianos y niños pequeños, etc.), llevó a definir el mercado relevante como el compuesto únicamente por esa fruta, y ninguna otra, ya que “*su grado de sustituibilidad es relativamente pequeño, debido a sus peculiares características y a todos*

⁵⁶ STIGLER, G. J. “The Economists and the Problem of Monopoly”, 72 *Am. Econ. Rev.* 1 (1982), pág. 9.

⁵⁷ D.O.C.E. C 372, de 9 de diciembre de 1997, págs. 5 a 13.

⁵⁸ U. S. Dep’t of Justice, *Merger Guidelines*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) § 13,102.

⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo, los encendidos elogios que se le dedican en BAKER, S. y WU, L., “Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission”, *NERA Topics*, nº 21, Febrero 1998.

⁶⁰ *Vid.*, DÍEZ ESTELLA, F., “Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de EEUU”, *Anuario de la Competencia 2000*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 321 y ss.

los factores que influyen en las preferencias de los consumidores” (Párrafo nº 30)⁶¹. Después de veinte años, en Sentencias como la reciente *Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint*⁶², el Tribunal sigue utilizando el criterio de la intercambiabilidad para determinar si el mercado relevante era el de los sistemas de reparto de prensa a domicilio o también lo integraban otros medios de distribución.

Igualmente, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia ha asumido este test de la intercambiabilidad de productos para la determinación del mercado relevante y la consiguiente –si es el caso– posición de dominio. Como botón de muestra, en su Resolución *Telefónica-Ibertext*⁶³, afirma que *“la investigación respecto a la existencia o no de posición de dominio en el mercado relevante debe centrarse en la sustituibilidad entre los servicios IBERTEXT, por un lado, e INTERNET e INFOVÍA, por otro”*.

Por otro lado, la *Comunicación* establece que *“el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficamente próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas”* (Párrafo nº 8).

Este concepto de mercado geográfico de referencia tiene su origen, una vez más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en concreto en la Sentencia *United Brands Company & United Brands Continental BV c. Comisión*⁶⁴, en cuyo apartado nº 44 se define el mercado geográfico como *“el territorio en el que las condiciones objetivas de competencia que se aplican al producto en cuestión son las mismas para todos los agentes que actúan en el mercado”*. Es por tanto un área, una extensión en la que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta a los productos de que se trata⁶⁵. En este sentido, la Comisión destaca acertadamente que no es necesario que las condiciones objetivas de competencia entre los operadores sean perfectamente homogéneas, sino que basta con que sean “similares” o suficientemente homogéneas.

La intuición de que el concepto de mercado implica una cierta uniformidad de precios pertenece al acervo de la teoría económica prácticamente desde sus comienzos; esta idea se apoya en la definición de mercado que han manejado insignes economistas, como ALFRED MARSHALL, que se expresaba así hace más de ochenta años: *“por tanto, a medida que un mercado es más perfecto, mayor es la tendencia a que el mismo precio se pague por el mismo bien en el mismo momento y en todas partes”*⁶⁶. En igual sentido, afirmó GEORGE STIGLER, en 1942, que *“un mercado de producto es un área en la que el*

⁶¹ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *cit.*

⁶² Sentencia del TJCE, de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97.

⁶³ Resolución del TDC de 27 de julio de 1999, Expte. 394/97, Fto. Jco. 2º.

⁶⁴ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, Rec. (1978) p. 207.

⁶⁵ En el ámbito del derecho comunitario, la posición dominante de que se trate debe existir en un mercado geográfico, que debe ser el Mercado Común en su conjunto o una parte sustancial del mismo. El mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sean las mismas para todos los comerciantes, y por eso se define en relación al área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.

⁶⁶ MARSHALL, A., *Principles of Economics*, Ed. Mac Millan, Londres 1920, Tomo II, pág. 325.

precio tiende a ser uniforme, excepción hecha del margen que se permite por costes de transporte⁶⁷.

Si la idea que subyace en estas definiciones es que en un mercado las mercancías circulan libremente, por lo que la posibilidad de arbitraje evita la existencia de diferenciales de precios para los mismos productos –se entiende que a igualdad de costes-, no es de extrañar que se haya manejado esta propiedad del mercado de *uniformidad de precios* como criterio delimitador del mismo. A sensu contrario, la presencia de *precios discriminatorios* revelaría la existencia de diferentes mercados. En el ámbito antitrust, uno de los pronunciamientos más contundentes al respecto ha sido el del profesor AREEDA, “la mejor y única guía para la definición de mercado es la relación de precio entre los productos. Precios idénticos presumiblemente indican un mercado único”⁶⁸.

Sin embargo, en la práctica la cuestión no es tan sencilla. Para empezar, esos conceptos se manejaban a los efectos de la teoría económica y no la defensa de la competencia; de hecho, hasta 1973 no se hizo un intento serio de aplicar dicha definición de mercado a un contexto antitrust⁶⁹, aunque recientemente la cuestión de en qué condiciones la discriminación de precios puede emplearse como criterio delimitador de mercado relevante ha vuelto a ser objeto de estudio⁷⁰. En palabras de HOROWIZ, “curiosamente, los economistas han tenido comparativamente poco que decir acerca de cómo definir los mercados. Más bien, su principal contribución ha sido llamar la atención sobre la propiedad de uniformidad de precios en un mercado competitivo, una vez que éste ha sido delimitado”⁷¹.

Como conclusión, hemos de decir que usar los diferenciales de precios de que dos productos que compiten entre sí como evidencia de que dichos productos no forman parte del mismo mercado relevante, exige como mínimo ciertas cautelas⁷². En efecto, lo que importa en la definición de mercado relevante no son tanto los niveles de precios relativos de dos productos cuanto el volumen de ventas de cada uno que se vería alterado por un cambio en el precio del otro. Por otro lado, nos parece erróneo hablar aquí de *precios discriminatorios*, cuando, como venimos sosteniendo, la discriminación sólo lo es tal cuando es llevada a cabo conscientemente por una empresa o un cártel, no cuando resulta de las condiciones del mercado, siendo entonces más correcto hablar de *diferenciales de precios*, los cuales –como tales, y en sí mismos considerados- son, en principio, irrelevantes para el Derecho antitrust.

⁶⁷ STIGLER, GEORGE J., *The Theory of Competitive Price*, 1942, pág. 92.

⁶⁸ AREEDA, P., “Market Definition and Horizontal Restraints”, *52 Antitrust L. J.* 553 (1983), pág. 563.

⁶⁹ *Vid.*, el importante trabajo, ELZINGA, K. y HOGARTY, T., “The problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits”, *18 Antitrust Bull.* 45 (1973), págs. 47 a 50.

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, HAUSMAN, J. A.; LEONARD, G. K. y VELLTURO, C. A., “Market Definition Under Price Discrimination”, *64 Antitrust L. J.* 367 (1996). La conclusión a la que se llega en estos estudios es que hay demasiadas dificultades asociadas a la definición de mercado relevante cuando ésta se efectúa sobre la base de la discriminación de precios: la dificultad de identificar correctamente a los consumidores infra marginales, consideraciones en torno al lado de la demanda, la diferencia entre usuarios profesionales y no profesionales, y consideraciones de tipo dinámico, como las ventas repetidas o un horizonte temporal más amplio que el que habitualmente se presupone.

⁷¹ HOROWITZ, I., “Market Definition in Antitrust Analysis; A Regression-Based Approach”, *48 S. Econ. J.* 1 (1981), pág. 2.

⁷² *Vid.*, BAKER, S. y WU, L., *op.cit.*, pág. 8.

b) La posición de dominio.

El Tribunal de Justicia ha definido en la Sentencia *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión* la posición dominante prevista por el artículo 82 como:

*“una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores”*⁷³.

Aunque suele citarse esta Sentencia como el punto de referencia para el concepto de posición dominante que maneja el Tribunal, encontramos la misma formulación en pronunciamientos anteriores, como por ejemplo la Decisión *Chiquita*⁷⁴ -cuyo recurso fue precisamente el que originó la Sentencia *United Brands*-.

En la práctica⁷⁵ hay cuatro pasos que deben darse para determinar que una empresa está en posición dominante: 1) la definición de mercado relevante; 2) demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en tal mercado; 3) demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en posición dominante; y 4) demostrar que la posición dominante existe en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Como hemos advertido, es la jurisprudencia de los órganos comunitarios la que ha formulado estas condiciones y la que las ha ido matizando a lo largo de su historia. En este sentido, uno de los aspectos más destacables de la evolución jurisprudencial es el papel que se otorga, de cara a la determinación de la posición dominante a la *cuota de mercado*, que sigue manteniéndose como el principal⁷⁶, pero ha de ir acompañado de muchos otros. Ya en la Sentencia *Michelin* afirmó el Tribunal que *“la existencia de una posición dominante puede derivar de varios factores que, tomados paralelamente, no son necesariamente determinativos, pero entre tales factores uno muy importante es la existencia de una cuota de mercado muy grande”*⁷⁷. En Sentencias como *Hoffmann-La Roche*⁷⁸ se ofrece una explicación más detallada del porqué de esta postura del Tribunal.

⁷³ Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, *cit.*, párrafo nº 30.

⁷⁴ Decisión 76/353/EEC, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1975 (IV/26.699 – *Chiquita*), D.O.C.E. L 95, pág. 1, de 9 de abril de 1976, motivo II, Apartado A, nº 2: *“las empresas se encuentran en una posición dominante cuando tiene el poder de comportarse independientemente sin tener en cuenta, en una medida apreciable, a sus competidores, sus compradores y sus proveedores. Este es el caso cuando la cuota de mercado de una empresa, por si mismo o combinado con su know-how, el acceso a las materias primas, los recursos financieros u otras ventajas como los derechos de marca, le capacita para determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los bienes en cuestión”*.

⁷⁵ BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 508.

⁷⁶ Sobre la importancia que tradicionalmente se ha concedido, de cara a la definición de mercado relevante, a la “cifra” numérica de la cuota de mercado, *Vid.*, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 516 y ss.

⁷⁷ Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983, *cit.*, párrafo nº 53.

⁷⁸ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, *cit.*, párrafo nº 41: *“una empresa que tenga una cuota de mercado muy grande y que la mantenga durante cierto tiempo gracias a su volumen de producción y suministros a gran escala –sin que aquellos con cuotas de mercado más pequeñas sean capaces de servir la demanda de aquellos que quisieran dejar al proveedor en posición dominante- está, en méritos de tal cuota de mercado, en una posición de fuerza que lo convierte en un proveedor necesario, y que la posibilita, al*

Por su parte, el Tribunal de Justicia, en la Sentencia *United Brands*⁷⁹ también lleva a cabo una enumeración de los factores que tendrá en cuenta para la determinación de la existencia de posición dominante (Fto. Jco. nº 58): su cuota de mercado comparada con la de sus competidores, la diversificación de sus fuentes de aprovisionamiento, la homogeneidad de su producto, la organización de su sistema de producción y transporte, su sistema de marketing y campañas de publicidad, la naturaleza diversificada de sus operaciones y, finalmente, su alto grado de integración vertical. Más adelante se insiste en la existencia de esta dominación basándose en dos factores: por un lado, en el hecho de que “*aunque los ataques locales de algunos competidores pueden describirse como agresivos, hay que decir que UBC los ha soportado con éxito absoluto*” (Fto. Jco. nº 119); por otro, a la existencia de *barreras de entrada* (Fto. Jco. nº 122). La propia Sentencia *Michelin* contempla, además de la cuota de mercado, los siguientes factores determinantes de la posición dominante (Párrafos nº 54 y ss.): su red de representantes comerciales, su gama de productos, los márgenes de sus intermediarios, el coste unitario del neumático, su capacidad productiva, la diversificación de su producción y la pertenencia a un grupo multinacional (con las posibilidades de inversión en I+D que eso supone). Finalmente, otra característica importante de la posición dominante es que no es necesario que impida totalmente la competencia⁸⁰, basta con que la limite.

Por otra parte, recientemente se ha puesto de manifiesto⁸¹, pensamos que acertadamente, que en mercados que se están liberalizando, o aquellos dominados por las llamadas empresas tecnológicas, es decir, en los “mercados emergentes”, las altas cuotas de mercado no son indicadores necesariamente de la existencia de una posición dominante, ya que pueden cambiar rápidamente.

Igualmente, en la actualidad se tiende más a la hora de valorar la posible existencia de una posición dominante a emplear un enfoque de “contestabilidad” o “impugnabilidad” de mercados que a fijarse en el mero dato porcentual de cuota de mercado que una determinada empresa ostenta. Así, en un reciente y polémico pronunciamiento, la Resolución *Bacardí*⁸², ha entendido nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, apoyándose en esa doctrina, que “*el tener alrededor de un 70 por ciento de la cuota de mercado, como ostenta Bacardí en el mercado español, no constituye base suficiente para atribuir a esa marca una posición de dominio*” (Fto. Jco. nº 5). Con todo, esta posición ha tenido una acogida favorable en un sector de nuestra doctrina⁸³.

Para acabar nuestra exposición sobre la posición de dominio, es necesario hablar de una cuestión que ha cobrado especial interés recientemente a la luz de algunos

menos durante un largo período, a actuar con plena libertad de acción que es la característica especial de una posición dominante”.

⁷⁹ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, *E.C.R.* (1978) p. 207.

⁸⁰ *Vid.*, Sentencia *Hoffman-La Roche*, *cit.*, párrafo nº 39.

⁸¹ FERNÁNDEZ SALAS, M., “Long-term supply agreements in the context of gas market liberalisation: Commission closes investigation of Gas Natural”, *CPN*, nº 2, Junio 2000, pág. 56.

⁸² Resolución del TDC, de 30 de septiembre de 1999, Expte. R 362/99.

⁸³ *Vid.*, sobre el abuso de posición dominante y la adopción por nuestras autoridades antitrust de la teoría de los mercados contestables, PASCUAL SEQUEROS, A., “Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante”, *GJ*, nº 209, Octubre 2000, págs. 93 a 106.

pronunciamientos de las autoridades comunitarias y del desarrollo conceptual de la Teoría del Oligopolio, y es la de la posición de dominio conjunta (*collective dominance*). En efecto, si el acuerdo se lleva a cabo por una empresa en posición dominante a través de un acuerdo o práctica concertada con otras empresas, la doctrina⁸⁴ admite que puede ser de aplicación el artículo 81.1. Por su parte, la Comisión comenzó la aplicación del concepto de “posición dominante conjunta” en la Decisión *Vidrio Plano de Italia*⁸⁵, siendo tal concepto susceptible de entrar en el ámbito del artículo 82, independientemente de la posible existencia de un acuerdo o práctica concertada que estaría prohibida por el artículo 81.1. La posición dominante conjunta resultaría, según la Comisión, de la existencia de “vínculos estructurales” entre las empresas que conjuntamente serían dominantes. El ejemplo que señala la Comisión es el intercambio sistemático de productos para que no se modificara ni su posición en el mercado ni la relación de fuerzas entre ellas. En el párrafo nº 79 de su Decisión, la Comisión establece los elementos⁸⁶ en los que basa la determinación de la posición dominante colectiva de las tres empresas encausadas (Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y Vernante Pennitalia SpA).

Lo cual nos lleva necesariamente a plantear la posibilidad de aplicación simultánea de los artículos 81 y 82. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado –favorablemente– al respecto en el caso *Tarifas Aéreas*⁸⁷, en el contexto de una cuestión prejudicial que planteaba si la aplicación de una tarifa puede constituir un abuso de posición de dominio cuando es fruto de un acuerdo susceptible de caer en la prohibición del artículo 81.1.

De momento el Tribunal no se ha pronunciado acerca de si una conducta paralela de empresas independientes puede dar lugar a una posición dominante colectiva en el sentido del artículo 82 del Tratado. En la ya citada *Hoffmann-La Roche* diferenció la posición dominante de las conductas paralelas de conducta propias de un oligopolio. Por otra parte, en el Asunto *CICCE c. Comisión*⁸⁸, el Abogado General, Sr. Lenz, observó acertadamente que hay un problema en determinar “dónde termina un monopolio colectivo y comienza un oligopolio”. Queda por ver si este precepto puede aplicarse para controlar conductas tales como las de la empresa que alinea sus precios a los de una empresa en posición dominante que actúa de modo abusivo y de este modo comparte el beneficio de tal abuso.

⁸⁴ *Vid.*, por todos, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 527.

⁸⁵ Decisión 89/93/CEE, de la Comisión de 7 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (Asunto IV/31.906 - Vidrio plano), *D.O.C.E.* L 33/44, 1989.

⁸⁶ Elevadas cuotas de mercado en el vidrio no destinado al sector auto (79%) y el destinado al sector automovilístico (95%); pertenencia a grupos con dimensiones internacionales; control directo de la oferta interna y el indirecto de la proveniente del exterior; importancia de las inversiones exigidas para operar en ese sector; las previsiones de un débil aumento de la demanda; elevado grado de interdependencia entre las decisiones económicas de los tres productores en lo que se refiere a precios, condiciones de venta, relaciones con la clientela y estrategias comerciales.

⁸⁷ Sentencia del TJCE, de 11 de abril de 1989, *Ahmeed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.*, Asunto 66/88, E.C.R. (1989) p. 0803: “en la hipótesis de que un acuerdo entre dos o más empresas no represente más que el acto formal que consagra una realidad económica caracterizada por el hecho que una empresa en posición dominante ha conseguido hacer aplicar las tarifas en cuestión por otras empresas ... no debe excluirse la aplicabilidad simultánea de los artículos 81 y 82”.

⁸⁸ Sentencia del TJCE, de 28 de marzo de 1985, *Comité des industries cinématographiques des Communautés européennes c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 293/83, E.C.R. (1985) p. 1105.

c) El concepto de “abuso”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la misma Sentencia *Michelin* proporciona su ya conocido concepto de *abuso*⁸⁹. Este concepto de abuso, en el que se atisban los tres elementos del test propuesto anteriormente (estructura, comportamiento, efectos) se repite innumerables veces en la jurisprudencia comunitaria, y es, en palabras de la Sentencia *Hoffman-La Roche*, “un concepto objetivo”⁹⁰. Tras hacer expresa referencia a ese pronunciamiento, la Sentencia *AKZO Chemie BV c. Comisión* profundiza más en el concepto afirmando que “*el artículo 86 prohíbe a una empresa dominante eliminar a un competidor y, en consecuencia, reforzar su posición empleando métodos distintos de aquellos que se consideran como incluidos en el concepto de competencia basada en la calidad*”⁹¹.

Naturalmente, tal como la doctrina⁹² se ha cuestionado al comentar esta Sentencia, aplicando esta noción de “explotación abusiva” se oscurece la frontera entre una política de precios agresiva en un mercado en competencia y una conducta abusiva “de exclusión”.

Hace ya casi treinta años, en la importante Sentencia *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. c. Comisión*, se había planteado⁹³ el Tribunal si “*el término abuso bajo el artículo 86 se refiere sólo a aquellas prácticas de empresas que afecten directamente al mercado y supongan un detrimento en términos de producción o ventas, a compradores y consumidores, o bien se refiere también a cambios en la estructura de la empresa, que llevan a que la competencia resulte seriamente dañada en una parte sustancial del Mercado Común*”.

En esta Sentencia se hacen a continuación una serie de interesantes reflexiones en torno la cuestión que anteriormente hemos señalado: el peso que tiene el artículo 3 (g) del Tratado en orden a una correcta comprensión del alcance de las prohibiciones contenidas en los –entonces- artículos 85 y 86. En efecto, aquél prevé un sistema que garantice que la competencia no será falseada, y éstos, con el establecimiento de una serie de reglas de competencia para las empresas, persiguen un mismo objetivo –aunque a diferentes niveles-: el mantenimiento de una competencia efectiva en el seno del Mercado Común. Por tanto, la prohibición del artículo 82 no sólo se dirige a prácticas que causen un perjuicio directo a los consumidores, sino también contra aquellas que les causan un perjuicio indirecto, por la vía de dañar la estructura competitiva.

Todo lo cual lleva al Tribunal a concluir a la ya apuntada postura de que el concepto de abuso manejado por el artículo 82 es un concepto *objetivo*. Esto trae como consecuencia,

⁸⁹ “*Al prohibir el abuso de posición de dominio en el mercado en la medida en que afecte al comercio entre Estados miembros, el artículo 82 incluye aquellas prácticas que son susceptibles de afectar la estructura de la competencia de un mercado en el que, como consecuencia de la empresa (dominante) en cuestión, la competencia ya está debilitada, y en el que, debido al uso de métodos distintos a los normales que rigen la competencia en bienes y servicios basada en la eficiencia de las propias prestaciones, tiene el efecto de evitar el desarrollo o el mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado*”. Sentencia del TJCE, de 9 de noviembre de 1983, cit., párrafo nº 70.

⁹⁰ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, cit., párrafo nº 91.

⁹¹ Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, E.C.R. (1991) p. I-3359, párrafo nº 70.

⁹² *Vid.*, por ejemplo, VILÁ COSTA, B., Comentario a la Sentencia del TPI, de 3 de julio de 1991, Asunto C-62/86, AKZO Chemie BV. c. Comisión de las Comunidades Europeas, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2, 1992, pág. 279.

⁹³ Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 1973, Asunto 6/72, E.C.R. (1973) p. 0215, párrafo nº 20.

entre otras muchas cosas, la relativización o debilitamiento del vínculo entre la posición dominante y el abuso concreto, en el aspecto causal⁹⁴. No es procedente aquí ahondar más en esta interesante cuestión, pero sí queremos señalar que esta “disociación” conceptual entre la *conducta* de la empresa y el *abuso* es uno de los temas más discutidos por la doctrina⁹⁵, y en los que tanto el Tribunal como la Comisión pueden incurrir en errores más graves a la hora de valorar las prácticas supuestamente anticompetitivas.

d) Abuso explotativo y abuso anticompetitivo.

El artículo 82, como sabemos, prohíbe prácticas que pueden ser permitidas en una situación de competencia normal pero que no lo son a empresas dominantes, que tienen una responsabilidad especial debido al perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular. Aunque, evidentemente, caben muchos tipos de categorizaciones⁹⁶, las acciones prohibidas por este precepto se clasifican habitualmente⁹⁷ en dos clases de conductas:

1) Conductas cuyo efecto económico sea reducir aún más o impedir la competencia efectiva en el Mercado Común o una parte sustancial del mismo.

2) Conductas que son desleales, o no razonables respecto de aquellas personas o empresas que dependen de la empresa dominante para el suministro, o compra de los bienes o servicios de que se trate.

El primer grupo de conductas, los denominados *abusos anticompetitivos*, pueden definirse como aquellos en los que la empresa dominante trata de limitar la competencia, tanto entre diferentes productos (*inter-brand*) como en la distribución de una misma marca (*intra-brand*) en el mercado con el objeto de mantener y /o aumentar su poder de mercado. En la doctrina anglosajona están ligados a las *exclusionary practices*, ya que se conciben como prácticas que conducen a un mayor debilitamiento de la competencia en un mercado

⁹⁴ Ya que “*el reforzamiento de la posición de la empresa dominante puede constituir un abuso prohibido por el artículo 86 del Tratado, con independencia de los medios y procedimientos con que se lleve a cabo, si da lugar a los efectos que se han descrito anteriormente*”; *Ibid.*, párrafo nº 27.

⁹⁵ *Vid.*, por ejemplo, el estudio de los conceptos de “conducta”, “abuso”, “posición dominante” y “relación de mercado” que se lleva a cabo mediante el análisis precisamente de las Sentencias *Michelin*, *United Brands*, *Continental Can*, *Commercial Solvents*, *Akzo* y *Hoffmann-La Roche* –entre otras- en AL DABBAH, M., *op.cit.*, págs. 45 a 50.

⁹⁶ Una clasificación de los comportamientos abusivos de interés para la discusión que estamos reseñando, y que se aparta de la manejada aquí, es la aportada en BILAL, S. y OLARREAGA, M., *op.cit.*, pág. 155. Estos autores distinguen entre las siguientes categorías (hemos respetado la terminología original, por ser más expresiva que su traducción castellana del sentido de la clasificación):

- *Foreclosure behaviour*: cuando la empresa dominante impide la entrada en el mercado de nuevos competidores (por ejemplo, a través de acuerdos de exclusividad).

- *Predatory practices*: cuando la empresa dominante lo que intenta es expulsar a sus competidores del mercado (por ejemplo a través de una política de precios predatorios).

- *Exclusionary conduct*: cuando la empresa dominante usa (y abusa) de su poder de mercado para discriminar entre sus proveedores o clientes, consiguiendo con ello una ventaja desleal al poder extraer de cada uno de ellos rentas supra-competitivas (los ejemplos que se citan son las prestaciones vinculadas, y, naturalmente, la discriminación de precios).

⁹⁷ *Vid.*, por todos, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 532.

en que ésta ya está debilitada por la existencia de una empresa dominante; en muchas ocasiones, tal actividad consistirá en ciertas prácticas de exclusión.

El listado de ejemplos concretos de abusos que se pueden incluir en esta categoría varía según autores. BELLAMY y CHILD⁹⁸ incluyen en este grupo la negativa de suministro, los precios ruinosos, la discriminación de precios, las primas de fidelidad y prácticas similares, y otras condiciones anticompetitivas; TEMPLE LANG⁹⁹, apoyándose explícitamente en la clasificación de dichos autores, añade la limitación de la producción, de los mercados o de otras posibilidades técnicas de desarrollo, las prestaciones ligadas e incluso ciertos aspectos de las operaciones de concentración, como las fusiones.

El segundo grupo de conductas, los denominados *abusos explotativos*, aunque en muchas ocasiones se superponen con los primeros, tienen entidad propia. Pueden definirse como aquellas conductas en las que la empresa en posición de dominio se aprovecha de su poder de mercado para apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante diversas prácticas, habitualmente implementadas a través de políticas de precios. En ellos, el comportamiento de la empresa dominante genera un efecto directo en perjuicio del consumidor o el usuario final, sin que se altere la estructura del mercado en cuestión o se afecte a la actividad económica desarrollada por otros operadores. Lo característico de estos abusos es que no podrían tener lugar si las condiciones en mercado fueran las de una competencia efectiva.

En efecto, la conducta abusiva del tipo que puede ser descrita como “explotación desleal” de una posición dominante surge cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio directo de los suministradores, clientes (incluyendo clientes reales o potenciales de los competidores) o consumidores. Los ejemplos de prácticas que suelen¹⁰⁰ incluirse en esta categoría de abuso son los precios y condiciones desleales, la discriminación de precios, el abuso de derechos de propiedad industrial e intelectual y la “vida fácil”. Como en el caso anterior, otros autores¹⁰¹ establecen categorizaciones distintas.

Con todas las matizaciones que una regla general exige, se puede decir que el abuso explotativo sólo puede llevarlo a cabo una empresa en posición dominante, ya que para que tenga éxito las condiciones en el mercado han de ser de ausencia de una competencia efectiva. Por su parte, los abusos anticompetitivos incluyen todo una gama de comportamientos que pueden llevar a cabo empresas con un poder de mercado relativamente pequeño, y cuyos efectos se agravan cuando quienes los efectúan son empresas en posición de dominio.

Como se habrá advertido, hemos mencionado la *discriminación de precios* en ambos grupos de casos, y es que la mayoría de los autores reconoce que dicha práctica se puede caracterizar tanto como abuso anticompetitivo como abuso explotativo. Así ha sido también admitido en el ámbito del ordenamiento jurídico español desde posturas tan

⁹⁸ BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 533.

⁹⁹ TEMPLE LANG, J., *op.cit.*, pág. 348.

¹⁰⁰ *Vid.*, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 550.

¹⁰¹ *Vid.*, por ejemplo, TEMPLE LANG, J., *op.cit.*, pág. 346, donde cita, además, la limitación de la producción, los acuerdos anudados o la imposición de condiciones de venta muy onerosas.

calificadas como la expresada¹⁰² por el Subdirector General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, del Ministerio de Economía y Hacienda.

A estos efectos, se considera en nuestra doctrina la aplicación de condiciones discriminatorias como una práctica abusiva, entendiendo como tales “las conductas desarrolladas por empresas en posición de dominio que sobre la base de una estructura de mercado donde los efectos de la competencia son muy débiles, pretende, o bien consolidar la situación existente, o bien eliminar la poca competencia existente, o bien evitar su desarrollo con medios o instrumentos que difieren de los utilizados normalmente para la prestación de bienes y servicios”¹⁰³.

e) El abuso llevado a cabo en un mercado distinto al dominado.

Uno de los caracteres más peculiares de todo el derecho comunitario de competencia –sobre todo si se compara con su homólogo estadounidense- es la capacidad de sancionar un abuso de posición dominante cometido en un mercado relevante de producto distinto a aquel en el que la empresa tiene posición de dominio, pero relacionado o “conexo” con éste, cuestión de enorme relevancia de cara a la regulación de la discriminación de precios. Este mercado la doctrina anglosajona¹⁰⁴ lo conoce como *ancillary market*; en el ámbito de la Unión Europea esta construcción recibe la denominación de “abuso en un mercado vecino”, y el equivalente principal en Estados Unidos –como veremos más detalladamente en el siguiente epígrafe- es el *monopoly leveraging*.

La primera vez que se admitió esta concepción ampliada del abuso -con la consiguiente relativización o debilitamiento del vínculo geográfico entre la posición dominante y la conducta- fue a partir de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el Asunto *Tetra-Pak Internacional, S.A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*¹⁰⁵ según la cual “es posible aplicar el artículo 82 a conductas realizadas por un oferente en un mercado en el que no goza de posición dominante (o al menos no ha sido establecida por las autoridades comunitarias) cuando sí ha quedado establecida su posición privilegiada en un mercado conexo en el que no se dejan sentir los efectos de la práctica llevada a cabo”¹⁰⁶.

La Sentencia anteriormente citada resuelve el recurso de anulación planteado por la empresa Tetra Pak contra la Decisión *Tetra Pak II*¹⁰⁷, en la que la Comisión estableció (párrafo nº 11) la presencia de la empresa en cuatro mercados diferentes:

¹⁰² PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, nº 205, Enero / Febrero 2000, págs. 22 a 32.

¹⁰³ GUAL DALMAU, M. A., “Discriminación y abuso de posición de dominio: jurisprudencia de transición”, *RGD*, Año XLIX, núm. 583, Abril 1993, pág. 3567.

¹⁰⁴ *Vid.*, por ejemplo, JEBSEN, C. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 476.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 2ª), de 6 de octubre de 1991, Asunto T-83/91, *E.C.R.* (1994) p. II-0755.

¹⁰⁶ CURTO POLO, M., “Hacia una noción ampliada del abuso de posición dominante (Comentario a la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak Internacional, S. A. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-333/94 P)”, *ADI*, Vol. XVIII, Madrid – Santiago de Compostela, 1997, pág. 367. Sobre esta ampliación del concepto tradicional de abuso, *Vid.*, también RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *op.cit.*, pág. 1014 y ss.

¹⁰⁷ Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991 (IV/31.043 – *Tetra Pak II*), *D.O.C.E.* L 72/1, de 18 de marzo de 1992.

- 1) el mercado de las máquinas con tecnología de esterilización de envases de cartón que permiten acondicionar es estos envases, en condiciones asépticas, productos líquidos.
- 2) el mercado del material para envasado en las máquinas asépticas.
- 3) el mercado de las máquinas para el acondicionamiento en envases de cartón de productos alimenticios, en condiciones no asépticas.
- 4) el mercado del material para envasado en las máquinas no asépticas.

Como ha señalado acertadamente la profesora VILÁ COSTA, “el interés principal de la Sentencia de 6 de octubre de 1994 reside en el hecho de que confirma un método de análisis según el cual puede constatarse la realización de un abuso *sobre un mercado distinto* de aquél sobre el que la empresa es dominante, cuando menos, si se da una *vinculación estrecha* entre ambos mercados”¹⁰⁸.

Esta “vinculación estrecha” no está definida por la Comisión ni el Tribunal de Justicia, pero el examen de la abundantísima jurisprudencia reciente sobre abuso en mercados conexos nos puede proporcionar una idea de qué ha de entenderse por tal.

Desde luego, la postura adoptada por la Comisión en la Decisión *Tetra Pak* no ofrece ninguna duda¹⁰⁹ en cuanto a la vinculación entre mercados –además de la posición de dominio¹¹⁰–, por los siguientes motivos¹¹¹:

- 1) los productos para cuyo acondicionamiento se utilizan los envases de cartón son los mismos en ambos mercados: los productos lácteos líquidos y los zumos de fruta;
- 2) por el lado de la demanda, la gran mayoría de usuarios de los productos de Tetra Pak que operan en los mercados asépticos lo hacen también en los no asépticos;
- 3) por el lado de la oferta, el comportamiento de los principales productores de envases de cartón confirma la relación existente entre ambos mercados, ya que dos de esos productores (el propio Tetra Pak y PKL) están presentes en los dos.

A pesar de pretender la recurrente impugnar dicho razonamiento, en la Sentencia *Tetra Pak c. Comisión* el Tribunal de Primera Instancia no deja lugar a dudas sobre su postura.¹¹² La opinión que este pronunciamiento ha merecido, es igualmente contundente: “tiene muy poca importancia el que los abusos se cometan en el mercado en el que la empresa tiene dominio, en el vecino –o, como es el caso, el mercado asociado–, o en

¹⁰⁸ VILÁ COSTA, B., Comentario a la Sentencia del TPI de 6 de octubre de 1994, Asunto T-83/91, Tetra Pak Internacional, S.A. c. Comisión, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1995, pág. 818.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Párrafo nº 102, *in fine*: “los cuatro mercados, los del sector aséptico y los del no aséptico, no sólo son próximos sino también conexos, hasta tal punto que las prácticas abusivas descritas en la presente Decisión están sujetas igualmente al artículo 86 del Tratado cuando son o han sido cometidas por Tetra Pak en los mercados no asépticos. Ello es consecuencia de la posición dominante de Tetra Pak en los mercados asépticos, junto con la conexión existente entre los cuatro mercados”.

¹¹⁰ Tampoco planteó ninguna duda la posición de dominio, ya que la estructura del “sector aséptico” de la Comunidad es cuasi monopolista, ocupando Tetra Pak aproximadamente entre el 90 y el 95% del mercado. Por su parte, la estructura del “sector no aséptico” es más abierta, aunque presenta rasgos de mercado oligopolístico, con el siguiente reparto de cuotas: Tetra Pak (55%), Elopak (27%) y PKL (11%).

¹¹¹ Decisión 92/163/CEE, de 24 de julio de 1991, *cit.*, Párrafo nº 102

¹¹² Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*, Párrafo nº 115: “está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 86 del Tratado el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado determinado se reserve sin necesidad objetiva una actividad auxiliar o derivada en un mercado próximo, pero distinto, en el que no ocupaba posición dominante, a riesgo de eliminar toda la competencia existente en dicho mercado”.

ambos... El artículo 86 del Tratado CE se aplica a aquellos supuestos en los que la situación de dominio en un mercado permite cometer abusos en otro”¹¹³.

Otro de los casos emblemáticos de esta doctrina es la ya comentada Sentencia *AKZO / ECS*, en la que AKZO, fabricante de peróxidos orgánicos era el líder en el conjunto del Mercado Común –con una cuota entre el 45 y el 50 %- para ese producto, una de cuyas especialidades era el peróxido de benzoilo, empleado en la fabricación de harina y en el proceso de fabricación de plásticos. Por su parte ECS, era una pequeña empresa británica que en el mercado de fabricación de peróxido de benzoilo –para harina- del Reino Unido detentaba una cuota del 35%. Cuando ECS se propuso entrar en los mercados alemán y británico del peróxido orgánico para la fabricación de plásticos, AKZO le planteó una guerra de precios en su propio terreno, el mercado británico de aditivos para harinas. En dicha Sentencia el Tribunal puede aplicar esta doctrina porque “*los documentos encontrados en la filial inglesa de AKZO y la matriz AKZO Chemie muestran un vínculo explícito entre la política de AKZO en el mercado de los plásticos y su actuación en el mercado de los aditivos farináceos*”¹¹⁴. Y, tras recoger expresamente algunos precedentes de la jurisprudencia comunitaria, afirma “*de donde se deduce que una empresa que tiene una posición dominante en un mercado puede ser acusada de abuso en otro distinto a aquél en que tiene dicha posición dominante (por ejemplo, un submercado especializado o un mercado asociado)*”¹¹⁵.

Las veces que se ha aplicado esta doctrina empiezan a multiplicarse, y con ellas el repertorio de “mercados conexos” que los órganos comunitarios y nuestro propio Tribunal de Defensa de la Competencia manejan: mercado de materias primas y mercado de producto final¹¹⁶, mercado de transporte aéreo de pasajeros y mercancías y mercado de servicios de aterrizaje y despegue¹¹⁷, mercado de tiendas “duty free” y mercado de tiendas “duty paid” en los aeropuertos¹¹⁸, mercado de analizadores y mercado de agrupadores de pacientes hospitalarios¹¹⁹, mercado de servidores de Internet y mercado de contenidos “on-line”¹²⁰, mercado de suministro de instalaciones portuarias y mercado de prestación de servicios de transporte marítimo de automóviles y pasajeros¹²¹, mercado de programación televisiva y mercado de guías semanales de televisión¹²², mercado de fabricación de labores de tabaco y mercado de distribución de tabaco¹²³, etc.

¹¹³ KAREFF, S., *op.cit.*, pág. 569.

¹¹⁴ Sentencia del TJCE, de 3 de Julio de 1991, *cit.*, Párrafo nº 48.

¹¹⁵ *Ibid.*, Párrafo nº 85.

¹¹⁶ *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation c. Comisión*, Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, Asuntos 6 y 7/73, *E.C.R.* (1974) p. 0223, nº 22.

¹¹⁷ *Ilmailulaitos / Luftfartsverket*, Decisión 1999/198/CEE, de la Comisión, de 10 de febrero de 1999 (Asunto IV/35.767), *D.O.C.E.* L 69/24, de 16 de marzo de 1999.

¹¹⁸ Resolución del TDC, de 16 de septiembre de 1998, Expte. R 296/98, *Aeropuertos españoles*.

¹¹⁹ Resolución del TDC, de 6 de abril de 2000, Expte. MC 31/00, *3M / SIGESA*.

¹²⁰ Investigación de la Comisión en torno a la pretendida fusión entre *AOL* y *Time Warner*, Nota de prensa de la Comisión, IP/00/634, de 19 de junio de 2000 (aunque aquí se trataría más bien de un problema –desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia- de una cuestión de integración vertical).

¹²¹ Decisión 94/19/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993 (Asunto IV/34. 689 – *Sea Containers / Stena Sealink*), *D.O.C.E.* L 15/18, de 18 de enero de 1994.

¹²² *P. Radio Telefís Eireann, Magill y otros c. Comisión*, Sentencia del TCJE, de 6 de abril de 1995, Asuntos C-241/91 P y C-242/91 P, *E.C.R.* (1995) p. I-743.

¹²³ Resolución del TDC, de 26 de mayo de 1997, Expte. MC 21/97, *Tabacalera*.

Como se ha señalado acertadamente, “lo que se prohíbe es que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado pueda llevar a cabo conductas discriminatorias a favor de sus propias actividades en mercados conexos”¹²⁴. Normalmente, el tipo de práctica más habitual en los casos de mercados conexos son la negativa injustificada de suministro o las prácticas de tipo discriminatorio frente a clientes o competidores en el mercado conexo.

De ahí que en la mayor parte de las Sentencias y Decisiones que han delimitado los contornos de esta figura de los mercados conexos, el abuso concreto que ha infringido el artículo 82 ha sido precisamente aplicar una política de precios discriminatorios. Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha manifestado¹²⁵ en *Tetra Pak c. Comisión*, que:

“de lo que precede se deduce que la Comisión ha demostrado de modo jurídicamente satisfactorio que, entre 1976 y 1986, Tetra Pak aplicó en Italia precios discriminatorios en lo que se refiere a las máquinas, principalmente en el sector aséptico”.

Igualmente, en *BPB Industries c. Comisión*: “(...) tal criterio da lugar a la prestación de servicios equivalentes en condiciones disimilares, lo cual es anticompetitivo por razón de su naturaleza discriminatoria que persigue el resultado de exclusión que se deriva de ella”¹²⁶. Por su parte, encontramos en las Decisiones de la Comisión idénticos pronunciamientos, como en *Sea Containers / Stena Link*, donde se afirma¹²⁷ que “una empresa que ocupa una posición de dominio no puede efectuar discriminaciones a favor de sus propias actividades en un mercado conexo”.

Esta teoría del abuso en los mercados vecinos o afines está teniendo un especial protagonismo en toda la “saga” de pronunciamientos de la Comisión sobre los cánones de aterrizaje discriminatorios en diversos aeropuertos del EEE. En el primero de ellos, la Decisión *Aeropuerto Nacional de Bruselas*¹²⁸, se condenó al Reino de Bélgica por aplicar un sistema de descuentos sobre el canon de aterrizaje que tenía el efecto de aplicar condiciones desiguales a unas compañías aéreas por servicios equivalentes en el ámbito de los despegues y aterrizajes, infligiéndoles así una desventaja competitiva. Pues bien, en la definición del mercado relevante, se establece (Párrafo nº 8) como primer mercado afectado el de los servicios relacionados con el acceso a las infraestructuras aeroportuarias que constituyen la razón de ser del canon; y se dice a continuación (Párrafo nº 9) que, “por otro lado, los vuelos intracomunitarios medios y cortos constituyen un mercado vecino pero diferenciado. Este mercado resulta afectado por el comportamiento de la empresa que opere en el ámbito de los servicios relacionados con los despegues y aterrizajes”.

Tras idénticos pronunciamientos para los aeropuertos portugueses y finlandeses, le ha tocado el turno a las autoridades española –en la persona del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)-, condenadas en la Decisión *Tasas de aterrizaje en*

¹²⁴ PRIETO KESSLER, E., *op.cit.*, pág. 29.

¹²⁵ Sentencia del TPI, de 6 de octubre de 1994, *cit.*, Párrafo nº 209.

¹²⁶ Sentencia del TPI, de 1 de abril de 1993, *cit.*, Párrafo nº 94.

¹²⁷ Decisión 94/19/CEE, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, *cit.*, Párrafo nº 66.

¹²⁸ Decisión 95/364/CE, de la Comisión, de 28 de junio de 1995, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado CE, *D.O.C.E.* L216/8, de 12 de septiembre de 1995.

*los Aeropuertos Españoles*¹²⁹ por el mismo comportamiento anticompetitivo. Y, como en el caso de la Decisión anterior, se establece¹³⁰ la existencia de mercados conexos.

Respecto a la otra fórmula habitual de práctica anticompetitiva en mercados conexos, la negativa injustificada de suministro, también son abundantes los ejemplos que encontramos en la jurisprudencia que venimos comentando; a modo de ejemplo, se afirma en *Commercial Solvents*, que “la negativa de suministro a un cliente, que es un productor de los derivados (de la materia prima), con el riesgo de eliminar toda la competencia que ese cliente supone, es un abuso de posición de dominio según el artículo 86”¹³¹.

Por su parte, en la doctrina antitrust estadounidense el uso del poder de monopolio en un mercado para lograr una ventaja competitiva en otro, la teoría del *monopoly leveraging* (cuya traducción castellana, *apalancamiento del monopolio* no nos parece acertada) es conocida desde antiguo, y se ha considerado como violación de la Sección 2ª de la Sherman Act a partir de que el Tribunal Supremo, en la Sentencia *United States v. Griffith*¹³² estableciera que “*the monopoly power cannot be used to beget monopoly*”. Este concepto es bastante controvertido, ya que se discute la aplicabilidad de la Sección 2ª de la Sherman Act cuando, a pesar de adquirir también poder de monopolio en el segundo mercado, no se intenta “monopolizar” éste. Los tribunales ordinarios han afirmado -*Vid.*, la Sentencia del Tribunal del 2º Circuito, *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*¹³³- que existe delito en la medida en que se demuestre el abuso de dicho poder de mercado. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones, en la Sentencia *Alaska Airlines v. United States*¹³⁴, tras constatar que las leyes antitrust permiten el monopolio que se derive de una mayor eficiencia, afirma que “*los elementos que establecen las acciones de monopolizar e intento de monopolización son esenciales para diferenciar entre monopolios naturales y eficientes, por un lado, y monopolios ilegales por otro. La doctrina sobre el apalancamiento de monopolio contenida en la Sentencia Berkey Photo no establece la distinción adecuada entre dichos monopolios*”.

Recientemente, en la ya citada *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, et al.*¹³⁵, el Tribunal Supremo ha vuelto a hacer unas interesantes consideraciones en relación a las ventas ligadas (acuerdos anudados, *tying agreements* o *tie-ins*), una de las fórmulas con las que más frecuentemente se lleva a cabo la extensión del poder de monopolio de un mercado a otro -*Vid.*, en la jurisprudencia comunitaria sobre recursos esenciales, un

¹²⁹ Decisión 2000/521/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 3 del artículo 86 del Tratado CE, *D.O.C.E.* L208/36, de 18 de agosto de 2000: “*el sistema de descuento sobre los cánones de aterrizaje y la modulación de estos cánones según el origen del vuelo, establecidos por los Reales Decretos 1064/1991 y 1268/1994 y la Ley 41/1994, constituye una medida incompatible con el apartado 1 del artículo 86 del Tratado, en relación con el artículo 82 de dicho Tratado, así como del artículo 59 del Acuerdo sobre el EEE, en relación con el artículo 54 de dicho Acuerdo*” (Artículo 1).

¹³⁰ “*por otra parte, los mercados del transporte de pasajeros y mercancías en vuelos cortos y medianos dentro del EEE constituyen un mercado afín pero distinto que se ve afectado por los efectos de una práctica abusiva de la empresa en el mercado de los servicios de aterrizaje y despegue*”, *Ibid.*, Párrafo nº 34.

¹³¹ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, *cit.*, Párrafo nº 24.

¹³² 334 U. S. 100, 108 (1948).

¹³³ 603 F. 2d 263, 275 (2nd Cir. 1979).

¹³⁴ 948 F. 2d 536, 548 (9th Cir. 1991).

¹³⁵ 504 U. S. 451 (1992).

ejemplo de esta práctica en la Sentencia *Télémarketing*¹³⁶. Como veremos en un apartado posterior, el abuso de posición dominante en mercados conexos a través de acuerdos anudados es una de las prácticas más comunes asociadas a la discriminación de precios¹³⁷.

Empieza preguntándose el alto tribunal estadounidense (Párrafo nº 26) si la falta de poder de mercado en el mercado primario (fotocopiadoras y equipos de micro fotografía) impide detentarlo en los mercados descendentes derivados (servicio postventa y piezas de recambio para las máquinas). A continuación plantea (Párrafo nº 30 y ss.) el hecho de que en los mercados de bienes complejos y duraderos, la existencia de información y know-how muy relevante y altos costes de cambio –*switching costs*– hacen que la conexión entre ambos mercados sea menos apremiante. Finalmente concluye (Párrafo nº 36) que:

“Kodak practicó una política de precios discriminatorios, vendiendo piezas de recambio a clientes que tenían contratado su servicio postventa, y negándose a venderlas a clientes que tenían contratado ese servicio con terceros”.

Se establecen¹³⁸ los siguientes requisitos para que esta doctrina sea aplicable:

- 1) Tener posición de dominio –*monopoly power*– en un mercado.
- 2) Usar de ese poder, aún que haya sido adquirido por méritos propios y de forma totalmente legal, para perjudicar la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto.
- 3) Que dicha conducta provoque un daño efectivo.

Como era de esperar, algunos sectores doctrinales han llevado a cabo su propia valoración de esta teoría, en ocasiones bastante demoledora. Es el caso del profesor BORK, quien, con la “suavidad” que le caracteriza afirma que “la teoría legal de los acuerdos anudados es simplemente otro ejemplo de la teoría, ya desacreditada, de la *transferencia de poder*, y es posible que ninguna otra variedad de dicha teoría haya sido más concienzuda y repetidamente desbaratada por la literatura legal y económica”¹³⁹. Por su parte, el profesor POSNER, tras constatar que “la tradicional objeción frente a los acuerdos anudados es que permiten a una empresa con poder monopolístico en un mercado obtener un monopolio en un segundo mercado”¹⁴⁰, plantea las siguientes objeciones:

- 1) Una vez que se da por supuesto que los acuerdos anudados son una fórmula a través de la cual una empresa monopolista apalanca su posición dominante en otro mercado, es superfluo o redundante exigir demostrar la posición de dominio en el primer mercado, ya que si éste poder no existe no se puede imponer el tie-in¹⁴¹.

¹³⁶ *Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de teledifusión (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)*, Sentencia del TJCE, de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, *E.C.R.* (1985) p. 3261.

¹³⁷ De hecho, en la doctrina que se ha dedicado al estudio de los acuerdos anudados, se ha llegado a afirmar que los precios discriminatorios han “sustituido” a la formulación clásica del *monopoly leveraging*. *Vid.*, a este respecto, BOWMAN, W. S., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, *67 Yale L. J.* 19 (1957), págs. 19 y ss; y BURSTEIN, M. L., “A Theory of Full-Line Forcing”, *55 N. W. U. L.Rev.* 62 (1960), págs. 62 y ss.

¹³⁸ *Grand Light & Supply Co. v. Honeywell, Inc.*, 771 F.2d 672, 681 (2nd Cir. 1985).

¹³⁹ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 372.

¹⁴⁰ POSNER, R. A., *op.cit.*, pág. 172.

¹⁴¹ Este tipo de razonamiento “circular” es el que encontramos en la Sentencia AKZO, en la que el Tribunal de Primera Instancia confirmó la postura de la Comisión en considerar como mercado relevante el de los

2) Por otro lado, tal como los Tribunales parecen aplicar esta teoría, no se exige ninguna demostración de que el monopolio en el segundo mercado es una consecuencia, si quiera remotamente posible, del acuerdo anudado.

3) Finalmente, la teoría no explica porqué una empresa con poder monopolista en un producto iba también a querer monopolizar los productos complementarios. Aunque es evidente que dos monopolios es “mejor” que uno solo, si los productos –por definición- se usan conjuntamente, al aumentar el precio del producto secundario disminuirá la demanda también del producto principal¹⁴².

Más ilustrativa y acertada nos parece la visión de la teoría del *monopoly leveraging* como la versión europea del abuso en mercados vecinos, o viceversa, hechas naturalmente las oportunas salvedades. Precisamente comentado esta reciprocidad en cuanto a la construcción dogmática y jurisprudencial de la figura, se ha señalado que “uno puede considerar la teoría del *monopoly leveraging* en los Estados Unidos como un intento por parte de los tribunales –que, en este aspecto, carecen del expreso mandato que sí tiene la Comisión Europea- de introducir en sus pronunciamientos consideraciones de equidad. De hecho, la viabilidad de esta doctrina dependerá de la voluntad y habilidad de los Tribunales estadounidenses para trascender las nociones de eficiencia económica y poder de mercado en la aplicación de la Sherman Act”¹⁴³.

El “último capítulo” de esta historia¹⁴⁴ lo constituye el caso *Microsoft* -todavía pendiente de resolución final- pues, como es bien conocido, una de las principales imputaciones que se le hacían al gigante de la informática era precisamente pretender extender su dominio en el mercado de los sistemas operativos al mercado de los navegadores, a través de un ‘tie-in’ entre su *Windows* y el *Internet Explorer*.

La cuestión que venimos comentando de la negativa injustificada de suministro, venta o acceso, en relación con los mercados conexos ha vuelto a protagonizar la actualidad con motivo del debate en torno a la doctrina de las *essential facilities*. En efecto, a raíz de la controvertida Sentencia *Oscar Bronner GmbH & Co. c. Mediaprint*¹⁴⁵ se ha retomado la discusión sobre la idoneidad de esta doctrina, de origen norteamericano, para resolver asuntos del ámbito del artículo 82 del Tratado CE.

Ya se han indicado en páginas precedentes, respecto a la cuestión de si el objetivo de las leyes antitrust es proteger a la *competencia* o a los *competidores*, algunas

peróxidos orgánicos, a pesar de que los abusos se estaban cometiendo en el de los aditivos farináceos. El motivo (Sentencia del TPI, de 3 de julio de 1991, *cit.*, Párrafos 38 a 46) que se adujo fue que AKZO había planteado ese comportamiento estratégico en ese segundo mercado, donde no era dominante, para proteger su posición en el primero, donde sí lo era. Como ha señalado la doctrina: “Este razonamiento parece viciado, si no circular: a primera vista, si uno no es dominante en un mercado no puede cometer un abuso allí porque la capacidad de cometer un abuso es imprescindible para determinar la existencia de posición dominante”, JEBSEN, C. y STEVENS, R., *op.cit.*, pág. 477.

¹⁴² De ahí que, para que la comercialización de ambos productos sea rentable y el productor pueda obtener beneficios adicionales de la monopolización del producto complementario tiene que poder aplicar una política de precios discriminatorios.

¹⁴³ KAREFF, S., *op.cit.*, pág. 574.

¹⁴⁴ *Vid.*, un interesante análisis en JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M., “El asunto *Microsoft*: competencia y tecnología”, *GJ*, nº 215, Septiembre 2001, págs. 26 a 42.

¹⁴⁵ Sentencia del TJCE, de 26 de Noviembre de 1998, Asunto C-7/97.

consideraciones básicas en torno a la doctrina sobre las “instalaciones esenciales”¹⁴⁶. La cuestión ahora es examinar si dicha doctrina es complementaria de la del abuso en los mercados vecinos, es decir, si puede considerarse que el mercado de un determinado producto (en este caso el diario austriaco *Der Standard*) y el mercado de la distribución de dicho producto son mercados conexos en el sentido que aquí estamos estudiando.

El litigio se planteó cuando la empresa Mediaprint se negó a incluir dicho periódico en su sistema de reparto a domicilio de prensa diaria. El editor, Oscar Bronner, interpuso una denuncia ante el *Kartellgericht* de Austria por entender que, en aplicación de la doctrina de las “infraestructuras esenciales”, eso constituía un abuso de posición dominante, ya que la denegación de acceso a la red de distribución (en la que Mediaprint era empresa dominante) infringía el artículo 82 del Tratado CE, al impedir el desarrollo de la competencia en el mercado de la prensa diaria. La cuestión llegó a la Comisión Europea, y más tarde al Tribunal de Justicia, quien –sin referirse explícitamente a la doctrina de las *essential facilities*– formuló la actuación de la denunciada como un abuso de posición de dominio consistente en una negativa de venta. De esta Sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones¹⁴⁷:

- Pese a manifestar el Tribunal cierto escepticismo, no descarta la posibilidad de que la doctrina de los recursos esenciales dé lugar a una categoría autónoma de abusos de posición dominante.

- La Sentencia aclara en gran medida qué haya de entenderse por “recurso esencial”, aunque todavía no consigue elaborar una construcción clara y coherente de la relación entre los conceptos de mercado de referencia, posición dominante y recurso esencial.

Como hemos advertido, la doctrina de las *essential facilities* es una noción importada de los Estados Unidos y cuyo origen se sitúa en la Sentencia del Tribunal Supremo *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*¹⁴⁸. Una de las mayores dificultades que esta doctrina plantea es conciliar el derecho de toda empresa a elegir libremente, conforme a sus intereses, con quién desea establecer relaciones comerciales¹⁴⁹, con una doctrina que postula la existencia, en ciertos casos, de una obligación de contratar¹⁵⁰. Al igual que ocurrió en Estados Unidos, donde el entusiasmo “excesivo” por

¹⁴⁶ No hay todavía, en nuestra doctrina, un consenso mayoritario sobre cuál debería ser la traducción correcta al castellano de la expresión anglosajona “essential facilities”. Como no es éste el tema de nuestro estudio, nos permitiremos aquí emplear indistintamente los vocablos que habitualmente se manejan a tal efecto: instalaciones esenciales, infraestructuras esenciales, etc.

¹⁴⁷ GIPPINI FOURNIER, E., “Essential facilities y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner”, *GJ*, nº 205, Enero/ Febrero 2000, pág. 93.

¹⁴⁸ 472 U. S. 585 (1985).

¹⁴⁹ *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300 (1919), en la que el Tribunal Supremo afirmó que, en ausencia de un abuso de posición de dominio (propósito de monopolizar un mercado), la Sección 2ª de la *Sherman Act* no cuestiona el derecho de un comerciante o fabricante a decidir a su arbitrio con quién contratar o establecer relaciones comerciales.

¹⁵⁰ *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U. S. 383 (1912), en la que el Tribunal Supremo estableció que era contrario a la Sección 1ª de la *Sherman Act* el que un grupo de compañías de ferrocarril y un trasbordador se negaran a permitir la utilización de sus instalaciones (dos puentes sobre el río Mississippi y la única terminal de ferrocarril en la ciudad de San Luis) por ser una conducta que excluía toda la competencia en el mercado.

esta doctrina mereció las severas críticas¹⁵¹ de expertos en Derecho antitrust de la talla del profesor AREEDA, se impone en la actualidad un esfuerzo por distinguir cuándo nos encontramos ante un verdadero caso de *essential facilities* y cuándo otras interpretaciones más clásicas en Derecho antitrust hubieran permitido llegar al mismo resultado. Entre éstas, la prohibición por la Sección 2ª de la Sherman Act de la utilización del poder de monopolio para reforzar la posición del monopolista en otros mercados relacionados (es decir, el abuso en los mercados conexos), el denominado “apalancamiento” o *monopoly leveraging* que acabamos de analizar, es sin duda la que ocupa un papel principal. En Europa¹⁵² esta doctrina tiene sus “seguidores” y también sus “detractores”

Para la aplicación –en los Estados Unidos- de esta doctrina se exige a un monopolista o empresa dominante que permita a sus competidores beneficiarse de una infraestructura o instalación que él posee o explota, bajo una serie de condiciones¹⁵³: 1) dicha infraestructura ha de estar controlada por el monopolista; 2) el acceso a la misma ha de ser imprescindible para poder competir con la empresa que la posee o controla; 3) el uso de la instalación se deniega por completo o se permite, pero en condiciones prohibitivas; 4) es factible y viable que la instalación se pueda utilizar por más de un usuario; y 5) no hay, desde el punto de vista del negocio, ninguna razón legítima para denegar el acceso (*legitimate business reason*).

Este catálogo de condiciones o restricciones a la aplicación de la doctrina sobre las infraestructuras esenciales es el que se emplea habitualmente en el contexto del derecho comunitario de la competencia; el *test* a aplicar ha sido calificado por el profesor LANG en términos de “si la desventaja resultante de la denegación de acceso es tal que se puede razonablemente suponer que la actividad de los competidores en el mercado en cuestión será o bien imposible, o bien permanente, seria y económicamente inviable”¹⁵⁴. El *test* aplicado es, por tanto, de carácter objetivo, y hace referencia a los competidores en general, no a la vulnerabilidad subjetiva de un competidor en particular.

De ahí el interés del reciente Asunto *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*¹⁵⁵, ya que junto a las consideraciones apuntadas ha planteado una vez más la cuestión de si el punto de partida de las leyes antitrust es o no promover la competencia o proteger a los competidores particulares. Si se obliga a dar acceso a las infraestructuras o no se garantiza el derecho exclusivo sobre las variadas formas de propiedad intangible, se desincentiva la inversión, tanto del propietario original como de sus competidores directos, y por tanto no se emplean de la manera más eficiente los recursos escasos. La conclusión que se ha apuntado desde algunos sectores doctrinales¹⁵⁶ al comentar esta Sentencia es que la “transposición” de esta doctrina al Derecho comunitario ha de hacerse con mucha cautela, ya que la obligación que las empresas dominantes tienen -bajo los arts. 81 y 82 del

¹⁵¹ *Vid.*, por todos, AREEDA, P., “Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *58 Antitrust L. J.* 841 (1990), págs. 841 y ss.

¹⁵² *Vid.*, al respecto, el interesante estudio de DOHERTY, B., “Just What are Essential Facilities?”, *CMLR*, nº 38, págs. 397 a 436, 2001.

¹⁵³ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U. S. 891 (1983).

¹⁵⁴ LANG, TEMPLE, “Defining legitimate competition: Companies’ duties to supply competitors, and access to essential facilities”, *18 Fordham Int’l L. J.* 245 (1994), pág. 245.

¹⁵⁵ Sentencia del TJCE, de 26 de Noviembre de 1998, *cit.*

¹⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, el comentario de L. HANCHER, en *CMLR*, Vol. 36 (6), 1999, págs. 1289 a 1307.

Tratado de la Unión Europea- de no denegar el acceso y negociar con sus competidores es tan amplia que cuestiona la necesidad de una doctrina de las infraestructuras esenciales.

Por otro lado, en relación a las *legitimate business reasons*, como tendremos oportunidad de ver más adelante –ya que la aplicación de esta conclusión a la discriminación de precios es paradigmática-, el Derecho comunitario, especialmente a la luz de la Sentencia *United Brands*, no admite un catálogo de justificaciones sobre la base del interés legítimo de los empresarios tan amplio como el aceptado en el Derecho antitrust norteamericano.

En la difícil tarea de construcción de esta figura, desde luego se están dando pasos importantes, pues en la Sentencia *Magill*¹⁵⁷ el Tribunal de Justicia separa como cuestiones distintas, por un lado, la extensión de posición dominante a un mercado adyacente; y por otro, el obstaculizar la aparición de un producto nuevo para el que existe demanda en el mercado. Esta Sentencia había sido precedida por la Decisión *Magill TV Guide*¹⁵⁸, que resolvió el problema que se planteó cuando una serie de empresas de televisión –que además se dedicaban a publicar guías semanales con sus programas- se negaron a cederle los derechos a una empresa que elaboraba guías semanales del conjunto de programación ofrecido por todas las cadenas. La Comisión entendió que dicha negativa era un abuso tratando la información sobre la programación televisiva como si fuera un recurso esencial.

Otra Sentencia habitualmente citada como precursora de la doctrina de los recursos esenciales en derecho comunitario, es el pronunciamiento *European Night Services Ltd. y otros c. Comisión*¹⁵⁹, en el que el Tribunal de Primera Instancia establece el criterio de la sustituibilidad real o potencial como base para la consideración de “esencial” de un recurso.

Sin embargo, la mejor clarificación que hasta ahora han aportado las autoridades comunitarias es la ofrecida en la Sentencia *Tiercé Ladbroke S.A. c. Comisión*¹⁶⁰, que resolvió un litigio planteado cuando una agrupación de sociedades francesas de carreras de caballos (*Pari Mutuel Urbain*) se negó a autorizar a una empresa belga de apuestas sobre carreras de caballos en varios países (*Tiercé Ladbroke*) a retransmitir en Bélgica el sonido y las imágenes de las carreras de caballos francesas. El Tribunal efectúa un interesante recorrido por las posibilidades de aplicación del artículo 82: en primer lugar, analiza si la negativa a conceder dicha licencia puede considerarse como discriminación (Párrafos nº 123 a 129); en segundo lugar, analiza la cuestión del carácter “esencial” del recurso (Párrafo nº 131). Como la empresa titular del recurso pretendidamente esencial no estaba presente en el mercado en que el solicitante de acceso operaba, ni al parecer tenía intención de penetrar en él, el Tribunal explica que sus consideraciones sobre la doctrina de los recursos esenciales las hace “suponiendo que la presencia de las sociedades de carreras en el mercado belga de sonido e imágenes no sea, en el caso de autos, un elemento determinante a efectos de aplicación del artículo 82” (Párrafo nº 133).

Con lo que se puede concluir que uno de los rasgos diferenciadores de la doctrina de los recursos esenciales con respecto a la jurisprudencia que considera abusiva la extensión

¹⁵⁷ Sentencia del TJCE, de 6 de abril de 1995, *cit.*

¹⁵⁸ Decisión de la Comisión, *Magill TV Guide /ITP, BBC y RTE, D.O.C.E. L78/43* (1989).

¹⁵⁹ Sentencia del TPI, de 15 de septiembre de 1998, Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *E.C.R.* (1998) p. II-3141.

¹⁶⁰ Sentencia del TPI, de 12 de junio de 1997, Asunto T-504/93, *E.C.R.* (1997) p. II-923.

de una posición dominante a un mercado afin es precisamente éste, ya que la doctrina de los recursos esenciales podría generar un deber de contratar al margen de cualquier consideración intencional, o incluso al margen de que el comportamiento abusivo reporte ventaja competitiva alguna a la empresa dominante, bastando con demostrar que el acceso a un verdadero recurso esencial ha sido denegado.

De ahí que, como se ha puesto de manifiesto, “la distinción relativamente clara –y a mi juicio acertada- entre denegaciones de suministro discriminatorias o extensiones de posición dominante a mercados vecinos por un lado y doctrina de los recursos esenciales por otro, parece la principal aportación de la sentencia *Tiercé Ladbroke*”¹⁶¹.

Para concluir el prolongado litigio a que esta disputa ha dado lugar, la Comisión aprobó finalmente un acuerdo por el que PMU se compromete a suministrar, de forma no exclusiva, imágenes en directo de las carreras televisadas en Francia, así como datos y comentarios a Ladbroke para que puedan ser retransmitidos en sus oficinas de apuestas en Bélgica¹⁶².

Uno de los ejemplos más característicos de la necesidad de efectuar esta distinción se da en el ámbito de la liberalización de las telecomunicaciones y del suministro eléctrico o del gas, ya que una de las materias donde la aplicación de esta doctrina se hace más patente es en todo lo que hace referencia al acceso a las redes. Así, en el sector de las telecomunicaciones, se habla de la existencia, junto al tradicional mercado de producto *-la prestación de servicios* de telecomunicaciones al consumidor final-, de un segundo tipo de mercado de referencia, que es precisamente el de *acceso a las instalaciones* que se necesitan en la actualidad para la prestación de tales servicios. Esto es lo que ha motivado la reciente Comunicación de la Comisión -que ha llegado a calificarse como “el acontecimiento más relevante en lo que se refiere a la aplicación de las normas de defensa de la competencia al sector de las telecomunicaciones”¹⁶³- en la que se detalla el marco jurídico, los mercados de referencia y los principios que hay que tener en cuenta al aplicar las normas de competencia a dichos acuerdos de acceso, y que es conocida por ello como la *Access Notice*¹⁶⁴.

En este importante documento partiendo de la situación de dominio de mercado en la que se encuentran la mayoría de los operadores tradicionales de este sector, debida a su anterior condición de prestadores monopolistas del servicio y dueños exclusivos de las infraestructuras, y recogiendo la distinción doctrinal a que antes hemos hecho referencia, se habla de dos formas posibles de abuso o discriminación: el *explotativo*, cuando se lleva a cabo una negativa a suministrar acceso a un nuevo cliente en circunstancias en que un titular dominante de infraestructuras -aunque éstas no tengan la consideración de esenciales- suministra ya a uno o más clientes que operan en el mismo mercado descendente (nº 85); y el *objetivo*, que tiene lugar cuando el operador de una infraestructura

¹⁶¹ GIPPINI FOURNIER, G., *op.cit.*, pág. 90.

¹⁶² *Vid.*, Comisión Europea, *Nota de Prensa* IP/01/82, de 22 de enero de 2001.

¹⁶³ ART, JEAN-YVES, “Developments in EC Competition Law in 1998: An Overview”, *CMLR*, Vol. 36, nº 5, Septiembre 1999, pág. 1014.

¹⁶⁴ Comunicación (98/C 265/02), sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las comunicaciones, *D.O.C.E.* C 265/2, de 22 de agosto de 1998.

esencial¹⁶⁵ se niega a permitir el acceso a la misma a un operador que quiere empezar la prestación de un nuevo servicio (nº 87).

Para finalizar este apartado sobre las *essential facilities*, podemos concluir que la “imposición de condiciones diferentes para prestaciones equivalentes” en que consiste la discriminación de precios es diferente de la simple negativa a contratar, ya que el trato discriminatorio presupone al menos la existencia de un referente para la comparación, y que la empresa dominante proporciona prestaciones a unos operadores y las deniega a otros, o pretende aplicarles condiciones más gravosas. En este caso la empresa dominante ofrece el acceso a su recurso en el mercado. En cambio, no parece que los ejemplos de conductas abusivas enumerados en el artículo 82 se refieran directamente a situaciones en las que se exigen a la empresa dominante prestaciones que ésta no desea comercializar, es decir, bienes o servicios que no ofrece en el mercado, que son precisamente las situaciones más propicias para que se invoque la doctrina de las *essential facilities*.

De ahí que los rechazos por parte de empresas dominantes como *United Brands* o *Commercial Solvents* a establecer relaciones comerciales con terceros (la empresa *Olsen* y el *Istituto Chemioterapeutico Italiano*, respectivamente), aunque guardan relación, han sido resueltos por el Tribunal apoyándose en consideraciones que no coinciden enteramente con las de la doctrina de los recursos esenciales. En el primer caso¹⁶⁶, se trata de una cesación de suministros en represalia por colaborar con otros productores, y en el segundo¹⁶⁷, de la extensión del monopolio del mercado de la materia prima a un mercado derivado.

B) Los actos de deslealtad en el mercado.

Desde otra perspectiva -distinta a la del Derecho antitrust-, la legislación contra la competencia desleal española empleaba el término *discriminación* como rúbrica de un precepto aplicable tanto a la negativa a mantener relaciones comerciales con un tercero, como al trato desigual a un tercero en las relaciones comerciales; la particularidad de esta norma consistía en el establecimiento de criterios de deslealtad diferentes según el discriminado sea un consumidor (art. 16.1 LCD) o un cliente profesional o un proveedor (art. 16.2 LCD). A partir de la reforma operada por la Ley 52/99¹⁶⁸ cambian, junto a aspectos sustantivos que seguidamente comentaremos, aspectos de encuadramiento sistemático, como la rúbrica en el texto legal de dicho artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, que pasa ahora a llamarse “discriminación y explotación de una situación de dependencia económica”.

La cuestión que se suscita entonces es: ¿ha dejado de ser el párrafo 2º de dicho artículo una prohibición contra la discriminación?. Intentaremos dar respuesta a esta pregunta mediante el análisis, por separado, de los dos párrafos de dicho precepto. Para ello

¹⁶⁵ Sobre el debate en torno a la aplicación concreta de la doctrina de las infraestructuras esenciales a los acuerdos de acceso en este sector, *vid.* NIKOLINAKOS, N., “Access Agreements in the Telecommunications Sector -Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law”, *ECLR*, Vol. 20 (8), Diciembre 1999, págs. 399 a 411.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, *cit.*, Párrafos nº 192 y 193.

¹⁶⁷ Sentencia del TJCE, de 6 de marzo de 1974, *cit.*, Párrafo nº 22.

¹⁶⁸ Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*B.O.E.* núm. 311, de 29 de diciembre de 1999).

se seguirá la exposición¹⁶⁹ del profesor JOSÉ MASSAGUER, con la intención de hacer una valoración global sobre la “cabida” de la discriminación de precios en el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal española y las correspondientes normativas en Derecho comparado.

Sin embargo, queremos precisar que este breve *excursus* por el derecho de la competencia desleal no tiene finalidad exhaustiva, sino simplemente ofrecer una visión resumida de cómo se regula la discriminación de precios desde este ámbito de nuestro ordenamiento, ya que entendemos que la naturaleza de esta práctica es eminentemente antitrust, y es por tanto en sede de Defensa de la Competencia como ha de regularse.

a) Discriminación como acto de competencia desleal.

En este contexto se entiende como discriminación la no aplicación de las mismas condiciones comerciales a todos los consumidores, incluida la negativa de venta. La represión de la discriminación de los consumidores como acto de competencia desleal es, ante todo, una medida de política de defensa de los consumidores, que no corrige ninguna disfunción del orden concurrencial: la discriminación, no lesiona la autonomía de decisión de los consumidores en el mercado y, por otra parte, la *par conditio* sólo es presupuesto estructural de la competencia económica en el lado de los agentes profesionales.

La discriminación de los consumidores es desleal si concurren dos requisitos:

1) En primer lugar la discriminación ha de tener por objeto el precio y las demás condiciones de venta, incluida la propia celebración de la transacción; la fuerte institucionalización de la información que se ha de suministrar al consumidor en la fase de formación del contrato y en la de su ejecución (art. 13 LCU), de un lado, y el régimen de comprobación, reclamación y garantía (art. 11 LCU), de otro, dificultan la aparición del supuesto de hecho.

2) En segundo lugar, la discriminación ha de ser injustificada; circunstancias tales como el pago al contado o la contratación de servicios de mantenimiento justificarían el menor precio o las condiciones de venta más favorables. A falta de justificación objetiva, la discriminación de precio u otras condiciones de venta es desleal *per se*.

b) Explotación de una situación de dependencia económica.

La discriminación a empresarios viene definida como explotación por una empresa de la situación de dependencia económica en que se hallan sus empresas clientes o proveedores que no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Es importante insistir en que el ámbito en el que ahora nos encontramos no es el de la regulación antitrust sino la de deslealtad de mercado; esto es así porque el artículo 16.2 LCD está llamado a preservar la competencia económica de las restricciones estructurales y funcionales que pueda deparar la libertad con que ciertas empresas cuentan al conformar sus relaciones con otras empresas gracias a la asimetría de su respectivo poder en el mercado, asegurando que la conducta de las primeras no difiere de la que debieran observar

¹⁶⁹ En todo este apartado seguimos los abundantes trabajos del profesor MASSAGUER, J., en particular: Voz “Discriminación”, *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 2522 a 2527; y *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid 1999.

en una situación de equilibrio, si se vieran sometidas a la presión de otras empresas con un poder equiparable en su mismo mercado.

i) Recientes reformas en la regulación de esta figura.

Esta figura, completamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico concurrencial, e inexistente en el Derecho de la Competencia comunitario, proviene de la legislación antitrust alemana¹⁷⁰, que ante la creciente concentración de la distribución y las quejas de los fabricantes sobre el poder de compra de los distribuidores la introdujo en 1957 para combatir el uso abusivo del poder de compra de la gran distribución. Siguiendo el ejemplo alemán, Francia introdujo una disposición similar¹⁷¹ en 1986, habiéndose regulado también en otros países en fechas recientes.

La necesidad de introducir una prohibición expresa de esta conducta se fundamenta en la imposibilidad de perseguirla a través de los instrumentos habituales de la legislación antitrust, ya que de los pactos colusorios (arts. 1 LDC y 81 Tratado UE) y el abuso de posición dominante (art. 6 LDC y 82 Tratado UE) se escapan la prohibición de conductas abusivas unilaterales cometidas por empresas no dominantes, lo que afecta claramente al sector de la distribución, en donde es frecuente la existencia de una relación de dependencia –o también llamado *poder relativo de mercado*- entre el proveedor y el comprador.

Como acabamos de afirmar, en la citada ley alemana contra los actos restrictivos de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) sí existe en cambio una previsión de esta figura, la contenida en el párrafo 20 (2) –en la redacción dada por la reforma de 1 de enero de 1999- cuando establece que:

“la subsección 1ª también se aplicará a aquellas empresas y asociaciones de empresas en la medida en que pequeñas y medianas empresas o proveedores o compradores de ciertos tipos de bienes o servicios comerciales dependan de ellas hasta tal extremo que no exista la posibilidad razonable y suficiente de cambiar a otra empresa”

Tal como se ha señalado acertadamente –los artículos que se citan van referidos a la numeración previa a la reforma-, “el elemento esencial de la sección 26 (2), que amplía el alcance de la ley contra la discriminación de precios más allá de lo previsto por la sección 22, es la frase que extiende la prohibición de discriminación y obstaculización a la *relación de dependencia* entre proveedores y compradores”¹⁷².

Igualmente enriquecedor resulta el análisis de la regulación de esta figura en el modelo italiano, el artículo 9 de la Ley nº 192¹⁷³, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, en el que esta norma, pese a su evidente naturaleza antitrust está recogida en el ordenamiento civil, reformada recientemente y aprobada por el Parlamento el 18 de junio

¹⁷⁰ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 27 de julio de 1957, modificada el 1 de enero de 1999, artículo 20 (2).

¹⁷¹ *Ordonnance* nº 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, *relative a la liberté des prix et de la concurrence*, modificada por Ley 96-588, de 1 de julio de 1996.

¹⁷² GRANT, R. M., “Recent developments in the control of price discrimination in countries outside North America”, *Antitrust Bull.*, Fall 1981, pág. 616.

¹⁷³ *Gaceta Ufficiale*, 22 de junio de 1998, nº 192.

de 1998. El concepto de “empresa en situación de dependencia económica”¹⁷⁴ tiene claras resonancias de las leyes alemana y francesa; el concepto de abuso, por su parte, incluye también las condiciones discriminatorias:

“L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione de condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”.

Desde un amplio sector doctrinal¹⁷⁵ se ha criticado –por los mismos motivos que hemos estudiado ya al hablar de nuestra propia regulación concurrencial, el art. 16 de la Ley de Competencia Desleal- la inclusión de esta norma en el ámbito de la regulación civil, a pesar de que el organismo regulador italiano, *l’Autorità garante della concorrenza* sí es favorable a esta situación. Pensamos que, en la medida en que la dependencia económica puede generar las mismas prácticas anticompetitivas que se derivan de una situación monopolística, y en consecuencia la misma pérdida de bienestar y perjuicio para el mercado, debe ser también controlada en sede antitrust.

ii) Situación de dependencia y poder de compra.

Los tipos de dependencia que la ley alemana contempla pueden describirse varían según los autores y los criterios que se elijan para tal categorización; por señalar una posible, podemos establecer los siguientes¹⁷⁶:

1) Dependencia en función de los artículos: tiene lugar cuando existe algún tipo de producto o marca tal que un vendedor o un distribuidor tiene necesariamente que tenerlo si quiere ser competitivo.

2) Dependencia basada en una relación comercial individual: tiene lugar cuando una empresa realiza un gran porcentaje de sus compras de un proveedor concreto o vende un alto porcentaje de su producto a un comprador específico.

3) Dependencia basada en carestías: tiene lugar cuando una empresa no puede garantizar el suministro de un tipo particular de bien o producto.

De todos estos supuestos, cobra en la actualidad especial interés el 2º, en el contexto específico de las relaciones verticales de las grandes cadenas de distribuidores comerciales –supermercados, hipermercados, grandes superficies, macros, etc...- con sus proveedores, los fabricantes de productos. En efecto, el poder de mercado no se ejerce tanto sobre los consumidores (mercado *descendente*) como sobre los proveedores (mercado *ascendente*), y no se trata del clásico poder monopolístico sino del poder monopsonista, poder de compra. La capacidad de estos grandes “retailers” de explotar la dependencia económica de quienes

¹⁷⁴ Se entiende como tal la situación en la que *un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un’eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.*

¹⁷⁵ *Vid.*, por ejemplo, la posición defendida por OSTI, C., “L’abuso di dipendenza economica”, *Mercato concorrenza regole*, Año I, nº 1, 1999, págs. 38 y ss.

¹⁷⁶ Seguimos la clasificación propuesta por GERBER, D. J., “The German approach to price discrimination and other forms of business discrimination”, *Antitrust Bull.*, Spring 1982, págs. 257 y ss.

les venden toda o casi toda su producción es probablemente una de las mayores fuentes de prácticas discriminatorias que existen en la actualidad, y para evitarlas es para lo que se intentan reformas legislativas como la de la *GWB* alemana: “el artículo 26 (2) de la *GWB* prohíbe abusar del poder de compra del que resultan prácticas discriminatorias o prácticas que restringen de manera injusta el acceso al mercado a unas empresas y a otras no”¹⁷⁷.

En nuestro país existe, incluso, algún precedente en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha señalado que no cabe enjuiciar la legalidad de determinadas prácticas comerciales cometidas por grandes superficies al amparo del artículo 6 LDC (ofertas de 2 por 1, regalos, etc...), al no haberse acreditado que dispongan de posición de dominio en el mercado. Así, en su Resolución de 26 de octubre de 1987 (Expte. 229/87 y 462/87), el TDC señaló que “*tampoco puede hacerse entrar en la conducta de la sucursal de las Rozas de la sociedad Alcampo, S.A., en la descripción de abuso de posición de dominio (...), por la sencilla razón de que no dispone de una situación de dominio del mercado, ya que por el contrario, ni es única oferente de los productos que vende, ni, en unión de otra u otras empresas, es la sola oferente de estos productos*”.

iii) La explotación como ilícito desleal.

Siguiendo al profesor MASSAGUER, podemos señalar que el *juicio de deslealtad* se cierne de forma especial sobre prácticas que tienden a la expulsión de competidores o a la creación de barreras de acceso al mercado (por los efectos que produce sobre la estructura competitiva del mercado) y sobre las prácticas que perjudican la libre acción concurrencial y la igualdad de terceros (por su repercusión en el funcionamiento concurrencial del mercado). No obstante, el reproche de deslealtad contra la explotación de una situación de dependencia económica no acoge fines de “justicia social de mercado”. No comporta un deber de configurar las relaciones con las empresas en situación de dependencia con condiciones materialmente equitativas, fortaleciendo su posición negociadora, ni tampoco es una medida de política estructural: en especial, no entraña una tutela individual de las pequeñas y medianas empresas, que reconduzca el proceso competitivo impidiendo que genere ciertas alteraciones del tejido empresarial no deseadas por motivos metaconcurrenciales.

En el *ámbito subjetivo del ilícito* se incluyen sólo empresas respecto de las que sus clientes o sus proveedores se hallan en una situación de dependencia económica: empresas con un poder relativo de mercado, sea en el lado de la oferta, sea en el lado de la demanda. Este es el único acto de competencia desleal cuya tipificación emplea el término “empresa” para aludir a sus destinatarios; sin embargo, no deroga el ámbito subjetivo de vigencia de la ley: empresarios y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que actúan en el mercado (art. 3.1 LCD). La norma también vale, por tanto, para profesionales liberales y, en especial, para la Administración pública. El único comportamiento de las empresas con poder relativo de mercado que interesa en este contexto es el que observan en las relaciones con sus clientes y proveedores.

Gran parte de la doctrina aproxima *explotación* a *abuso*, vinculando la explotación de una situación de dependencia económica con el abuso de posición dominante. Hay que tener precaución cuando se adopta este enfoque, para no llenar automáticamente el

¹⁷⁷ VOGEL, L., “Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe”, *ECLR*, Vol. 19 (1), 1998, pág. 8.

contenido material del término “explotación” trasladando a esta sede el catálogo legal de prácticas abusivas de una posición dominante (art. 6.2 LDC). El abuso de posición dominante, como ilícito antitrust, entraña un juicio de desvalor distinto del que expresa la explotación de una situación de dependencia económica, como ilícito de deslealtad concurrencial. De los dos posibles grupos en que se pueden clasificar las conductas de abuso de posición dominante (las prohibidas *per se* por la ineficacia económica que comportan –precios monopolísticos y reducción de la producción-, y las prohibidas por suponer una obstaculización de la actuación de terceros en el mercado, pero que pueden ser eficientes desde un punto de vista económico -discriminación de precios-), sólo las conductas incluidas en el segundo pueden constituir un acto desleal de explotación de una situación de dependencia económica.

Presupuesto del ilícito de deslealtad es la *situación de dependencia económica* que media entre una determinada empresa que ofrece o demanda productos o servicios y otra empresa en concreto que los adquiere (empresa cliente) o se los suministra (empresa proveedor). La situación de dependencia económica sólo se da, pues, en una relación vertical ascendente o descendente, esto es, entre empresas situadas en eslabones distintos de la cadena producción / distribución.

Se distinguen fundamentalmente tres *clases de situación de dependencia económica*: dependencia debida a la selección de productos o servicios, dependencia debida a la organización de la empresa y dependencia debida al poder relativo de la demanda. Por otro lado, la utilización del poder relativo de mercado deviene explotación cuando, a través de la configuración de sus relaciones con las empresas clientes o los proveedores en situación de dependencia económica, perjudica las posibilidades competitivas de otras empresas con el riesgo de alterar el funcionamiento y estructura competitiva del mercado de una forma incompatible con el principio de competencia por méritos o eficiencia de las propias prestaciones.

iv) La nueva regulación española.

Pese al indudable interés de esta figura, acrecentado tras la reciente reforma operada por la ya citada Ley 52/99, un análisis detallado de la misma excedería el objetivo de este trabajo, con lo que nos remitimos a algunos de los estudios publicados al respecto¹⁷⁸.

La prohibición de la explotación de una situación de dependencia económica en sede antitrust se considera como una de las modificaciones más importantes introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Sin embargo, resulta evidente que dicha tipificación resultaba totalmente innecesaria. Si bien es cierto que en nuestra normativa antitrust no eran perseguibles las conductas abusivas cometidas por empresas no dominantes (no encajan ni en el art. 6 LDC ni en el art. 1 LDC), con la importancia que este tipo de prácticas tiene en el sector de la distribución, no lo es menos que al estar regulada ya esta conducta en el art. 16.2 LCD, por la vía del art. 7 LDC sí podía perseguirse esa práctica si afectaba de forma sensible a la competencia.

La introducción de este aspecto concreto de la reforma de nuestra LDC, prevista para proteger a los pequeños proveedores de la fuerza ejercida por los grandes grupos

¹⁷⁸ Vid., en este sentido, PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., “La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto”, *Gaceta Jurídica de la Competencia*, núm. 205, Enero / Febrero 2000, págs. 33 a 40.

comerciales, como el resultante de la fusión *PRYCA-Continente*, y que no estaba prevista el texto propuesto por el Gobierno, se ha hecho a instancia del Grupo parlamentario Catalán (enmiendas 79 y 80)¹⁷⁹ y del Grupo parlamentario Coalición Canaria (enmiendas 81 y 82)¹⁸⁰, y ya ha sido calificada por la doctrina como “oportunista y con sesgo contrario a los grandes operadores del sector minorista”¹⁸¹.

Desde luego, aunque la tipificación de la explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal no ha estado exenta de críticas¹⁸², lo que se discutía era la oportunidad de su encuadramiento sistemático en la LCD y no en el elenco de prohibiciones antitrust. En ningún momento se había propuesto la conveniencia de una tipificación paralela, por entender que, para los casos “sub-umbral”¹⁸³ de la LDC o “pequeño poder económico” era suficiente el art. 16.2 LCD como “función de cobertura”¹⁸⁴ para evitar que comportamientos no perseguibles en sede antitrust quedaran impunes¹⁸⁵. En el caso de que dicha explotación tuviera, además, relevancia sensible, caería en el ámbito público de los órganos administrativos antitrust sin dificultad a través del mecanismo del art. 7 LDC.

Por tanto, la opción adoptada por nuestro legislador, que parece querer evidenciar así su firme determinación política de perseguir estas prácticas, desde un punto de vista de técnica legislativa, ha sido errónea; por otro lado, considerando el evidente paralelismo entre la situación del sector y la promulgación de la Robinson Patman Act estadounidense en 1936 con la reforma española de 1999, el “precedente” desde luego no deja de ser preocupante. Volvemos, como se avanzó en el Capítulo anterior, a legislaciones antitrust promulgadas con el único objeto de proteger a una determinada clase empresarial en vez de tutelar el proceso competitivo en su conjunto.

v) *La discriminación de precios en el sector de la distribución.*

Dentro de la explotación de una situación de dependencia económica en que se hallen los clientes y proveedores pueden construirse tres *grupos de casos*:

a) *Negativa a establecer relaciones comerciales*: comprende todos los casos en que una empresa (con poder relativo de mercado) rehúsa los pedidos de las empresas clientes o las ofertas de las empresas proveedores (en situación de dependencia económica): negativa de compra; negativa de venta; negativa de suministro; negativa de licencia; dificultar la promoción de las prestaciones entre la demanda (p.ej. la exclusión de la participación en una feria comercial por sus organizadores); no aceptación de publicidad por un medio de comunicación; rechazo de una empresa como asociado por un consorcio o asociación; etc.

¹⁷⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 14 de octubre de 1999, Serie A, núm. 175-8, págs 84 y 85.

¹⁸⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 22 de octubre de 1999, Serie A, núm. 175-10, pág. 93.

¹⁸¹ MARTÍNEZ LAGE, S., “Sin pena ni gloria” (Editorial), *GJ*, nº 204, Diciembre 1999, pág. 7.

¹⁸² *Vid.*, por todos, MASSAGUER FUENTES, J., “La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta*, Tomo II, Valencia 1995, págs. 2203 a 2268.

¹⁸³ PAZ-ARÉS, C., “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust”, *RDM*, núm. 159, 1981, pág. 107.

¹⁸⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 109.

¹⁸⁵ En contra de esta opinión, MASSAGUER FUENTES, J. (1995), *op.cit.*, pág. 2209 (Nota nº 10).

b) *La discriminación*: consiste en el tratamiento desigual carente de justificación objetiva que una empresa (con poder relativo de mercado) dispensa a sus clientes o proveedores (en situación de dependencia económica) en relación con los precios, condiciones de pago o entrega, calidad, cantidad, prestaciones adicionales u otros términos de la relación que mantienen.

Podemos distinguir dentro de este apartado: descuentos por volumen de compras de una pluralidad de productos o servicios; descuentos por fidelidad; discriminación en el sector de la *distribución comercial*¹⁸⁶: primas de enganche, reducciones de precios, participación en ofertas promocionales, alquiler de expositores en el interior del establecimiento, colocación de los productos en el estante (altura, fila, etc...), prohibir que se concedan ventajas a otros clientes, cláusula de cliente más favorecido, plazos prolongados para el pago de los suministros, contribución a pagar gastos de publicidad, promoción general del establecimiento y no del producto, colaboración en la realización de inventarios, personal propio a disposición del establecimiento, etc.

En este sector de la distribución comercial, especialmente de productos alimenticios, es donde la discriminación de precios encuentra su “máxima expresión” y donde esta figura cobra su más plena vigencia, pues aquí estuvo –lo hemos estudiado– la génesis de la Robinson Patman Act y aquí está en la actualidad uno de los puntos en los que la crudeza del debate reseñado –protección de los competidores en vez de la competencia– tiene más relevancia¹⁸⁷.

La enorme preocupación de las autoridades antitrust a este respecto ha llevado a la aparición, en los últimos años, de numerosos informes sobre la situación competitiva de este mercado, como el de la Competition Commission¹⁸⁸ inglesa, el de la Office of Fair Trading¹⁸⁹, o el de la propia Dirección General de Competencia de la Comisión Europea¹⁹⁰.

Naturalmente, las conclusiones a las que se llegan en los citados estudios no son fácilmente admitidas por toda la doctrina. Así, mientras algunos autores¹⁹¹ opinan que el Derecho antitrust comunitario está perfectamente capacitado –en su actual formulación–

¹⁸⁶ Este sector es especialmente relevante en nuestro estudio porque en él la acción de la demanda no se limita a la pasiva elección entre las diversas ofertas, sino que puede decirse que ha intervenido activamente en la configuración de las ofertas, en lo que hace a las características materiales de los productos y servicios así como en las condiciones jurídico-económicas para su adquisición.

¹⁸⁷ *Vid.*, por ejemplo, no sólo el contenido, sino el ya de por sí elocuente título del artículo, AALBERTS, R. y JUDD, L., “Slotting in the retail grocery business: does it violate the public policy goal of protecting businesses against price discrimination?”, *De Paul L. Rev.*, Vol. 40 (2), Winter 1992, págs. 397 a 416.

¹⁸⁸ *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, U. K. Competition Commission Report, Julio 2000 (disponible en la página web oficial de dicho organismo, <http://www.competition-commission.org.uk/reports/446super.htm>, visitada el 1.X.2001).

¹⁸⁹ *Competition in Retailing*, Research Paper nº 13, Office of Fair Trading, Septiembre 1997 (disponible en la página web del organismo: <http://www.oft.org.uk>, visitada el 30.X.2001).

¹⁹⁰ *Buyer Power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*, Informe preparado para la DGIV, nº IV/98/ETD/078, Mayo 1999.

¹⁹¹ MAITLAND-WALKER, J., “Buyer Power”, *ECLR*, Vol. 21 (3), 2000, págs. 170 a 174, en donde se hace un interesante recorrido por el cambio que ha experimentado, en los últimos años, este sector, en el sentido de que antes “the public perception was that supermarkets and chains operated in a highly competitive environment (...), the discriminatory exercise of buyer power may do no more than reflect cost efficiencies” (pág. 170), mientras que ahora, debido a la concentración y al comportamiento comercial de las grandes cadenas y superficies, “the buyer power of the supermarkets may now be exploitative” (pág. 171).

para hacer frente a estas prácticas, otros¹⁹² mantienen la necesidad de una reforma legislativa en el Tratado de la UE similar a las que -como hemos visto- han tenido lugar en las legislaciones antitrust de algunos Estados miembros.

Nuestra conclusión es que, contrariamente al sentir generalizado de que el ejercicio de ese poder monopsonista es contrario al mantenimiento de un orden concurrencial saneado, hay enormes ganancias en términos de eficiencia que pueden contrarrestar los hipotéticos perjuicios de ese poder y, en cuanto a nuestro tema de estudio se refiere, precisamente si al comprador se le permitiera practicar la discriminación de precios al hacer sus compras, se eliminaría una gran parte de pérdidas netas en términos de bienestar social. Por otro lado, los datos del Instituto Nacional de Estadística avalan la opinión de que la situación en términos de cuota de mercado de este sector en España no merece la más mínima preocupación.

c) *La obstaculización mediata*: consiste en la perturbación de la actividad de las empresas que se hallan en competencia con la empresa con poder relativo de mercado, ocasionada por los términos en que ésta configura su relación comercial con las empresas que de ella dependen económicamente, en particular, por cuanto excluyen los suministros o pedidos de aquéllas terceras empresas como alternativa razonable a los de la empresa con poder relativo de mercado. La empresa obstaculizada no se halla en situación de dependencia económica respecto de la empresa con poder relativo de mercado, sino que comparte con ella una misma demanda o una misma oferta: obligaciones de exclusiva, vinculación de prestaciones, descuentos por fidelidad, descuentos por volumen total de pedidos, etc.

C) La discriminación de precios fruto de acuerdos colusorios.

Los acuerdos entre empresas -o *cárteles*- que pueden limitar la competencia entre ellas ha sido, desde siempre, objeto de una especial atención por parte del Derecho antitrust, sea cual sea el sistema normativo a través del cual éste se articule; “el tema de los cárteles está en el núcleo de las políticas antitrust. La norma más antigua y, correctamente entendida, más valiosa de este derecho establece que es ilegal *per se* el que los competidores se pongan de acuerdo para limitar la competencia entre ellos”¹⁹³.

Para un importante sector doctrinal¹⁹⁴ estadounidense, uno de los comportamientos que pueden servir de base para demostrar un comportamiento colusorio es precisamente la existencia de precios discriminatorios. Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea una de las fórmulas en la que también encontramos tipificada la discriminación de precios es como acuerdo o práctica concertada, regulada en el derecho comunitario por el artículo 81.1 del Tratado CE.

Para decidir si una transacción está comprendida en el ámbito de dicho artículo, es necesario considerar tres elementos¹⁹⁵:

- 1) Si existe un acuerdo, decisión o práctica concertada entre empresas.

¹⁹² *Vid.*, por ejemplo, VOGEL, L., *op.cit.*, pág. 5.

¹⁹³ BORK, R. H., *op.cit.*, pág. 263.

¹⁹⁴ *Vid.*, por ejemplo, POSNER, R., *op.cit.*, pág. 62.

¹⁹⁵ *Vid.*, por todos, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, pág. 73.

2) Si por causa de ello puede impedirse, restringirse o distorsionarse la competencia dentro del Mercado Común.

3) Si por ello puede afectarse el comercio entre Estados miembros.

Naturalmente, un análisis en profundidad de este precepto exigiría un estudio pormenorizado de cada uno de estos requisitos y su evolución en la doctrina y la jurisprudencia; como de lo que aquí se trata no es de llevar a cabo tal análisis, sino únicamente reconocer en qué medida la discriminación de precios tiene “encaje” en dicho precepto, nos limitaremos a examinar los elementos del mismo que intervienen en la tipificación de los precios discriminatorios como acuerdo colusorio.

a) Configuración jurisprudencial.

En la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y las Decisiones de la Comisión Europea, los conceptos “acuerdo”, “decisión” y “práctica concertada” se superponen a los efectos de aplicación del artículo 81, con lo que si se demuestra que las partes han cooperado para infringir el Tratado, no será determinante el medio preciso que hayan adoptado. Además, el sentido de la palabra “acuerdo” no se limita a contratos vinculantes en Derecho, sino que, tal como ha señalado la Comisión, “*es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra*”¹⁹⁶. Por tanto, un compromiso vinculante sólo moralmente también se considera un acuerdo en el sentido del artículo 81; ese acuerdo puede ser escrito u oral, y puede ser inferido de todo tipo de circunstancias.

Por otro lado, cuando las actividades de una asociación de empresas producen los resultados prohibidos previstos en el artículo 81, tiene poca importancia el análisis exacto de las medidas tomadas. El concepto de “decisión” incluye las reglas de la asociación de que se trate, decisiones que vinculan a sus miembros y sus recomendaciones. Los acuerdos llevados a cabo en el marco de una asociación pueden ser analizados ya como “decisiones” de tal asociación o como “acuerdos” entre sus miembros.

Por último, la inclusión de las “prácticas concertadas” en el artículo 81 del Tratado CE tiene por objeto regular la cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal. Como hemos comprobado, la importancia de esta *colusión tácita*¹⁹⁷ tiene cada vez más importancia en el moderno análisis del funcionamiento de los mercados a la luz de la teoría del oligopolio¹⁹⁸, y ello tiene su reflejo en los pronunciamientos de las instituciones comunitarias que, cada vez de forma más

¹⁹⁶ Decisión 74/634/EEC de la Comisión, de 29 de noviembre de 1974 (Asunto IV/27.034 - *Cojinetes de bolas franco-japoneses*), *D.O.C.E.* L 343/19, de 21 de diciembre de 1974.

¹⁹⁷ Esta teoría de la colusión tácita está en estrecha relación con la de la interdependencia oligopolística, y tenemos que afirmar que las conclusiones normativas que pueden extraerse son todavía inciertas, porque no hay todavía un consenso mínimo sobre la relevancia antitrust de estas conductas; así, hace ya más de un cuarto de siglo se expresaba el profesor POSNER: “soy bastante crítico respecto al análisis convencional de los precios colusorios y el tratamiento de la colusión tácita (...). Los oligopolistas son interdependientes en sus políticas de precios: las basan en parte en las reacciones que anticipan existirán frente a ellas. El resultado es una tendencia a evitar una competencia en precios vigorosa”, POSNER, R., *op.cit.*, pág. 42.

¹⁹⁸ *Vid.*, para un desarrollo más detallado de esta cuestión, los interesantes trabajos de FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría”, *RGD*, núm. 589-590, 1993, págs. 10057 a 10131 y JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, J. M., “Derecho de la Competencia y Oligopolio”, *GJ*, Serie D, núm. 23, 1995, págs. 121 y ss.

rigurosa, identifican y sancionan este tipo de prácticas. Con todo, a la hora de detectar –y sancionar– posibles acuerdos o prácticas concertadas, es importante destacar que en ausencia de pruebas documentales y ante la constatación de cierta rigidez o poca movilidad en los precios no puede inferirse la existencia de falta de competencia en el mercado. Sin embargo, así parece opinar la Comisión, al menos en pronunciamientos como la Decisión *Polipropileno*¹⁹⁹, en la que se afirmó que “*cuando la conducta paralela de las partes no resulte de un acuerdo que pueda ser probado, se estimará, de todas maneras, que esa conducta es constitutiva de una práctica concertada*”. Esta mentalidad sobre el significado de práctica concertada es bastante buena muestra de la tensión existente en el derecho de la competencia europeo entre la teoría económica y las prácticas oligopolísticas, sobre todo en lo referente al *oligopolio no colusorio*²⁰⁰.

Uno de los pronunciamientos de la Comisión pioneros en la configuración del concepto de acuerdo colusorio en el Derecho comunitario fue la que puso fin al cártel del azúcar, la Decisión *European Sugar Industry*²⁰¹. En ella se constató cómo los principales productores y vendedores de azúcar en la Comunidad habían llegado a una serie de acuerdos²⁰² desde 1968 para controlar el comercio de azúcar entre Estados miembros con el fin de asegurar sus respectivas cuotas de mercado y dando lugar con ello a una significativa restricción de la competencia.

Tras detallar, en el párrafo II. C. 1) de su Decisión, los factores²⁰³ que ha valorado como indicadores de colusión, la formulación concreta de la práctica de la discriminación de precios viene recogida en el párrafo II. A. 3) de la Decisión:

¹⁹⁹ Decisión 86/398/CEE de la Comisión, de 23 de abril de 1986, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/31.149 - *Polipropileno*), D.O.C.E. L 230/1, de 18.VII.86.

²⁰⁰ *Vid.*, sobre esta cuestión, ALESE, F., “The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81”, *ECLR*, Vol. 20 (7), Noviembre 1999, págs. 379 a 383.

²⁰¹ Decisión 73/109/CEE, de la Comisión, de 2 de enero de 1973 (Asunto IV/26.918 – *European Sugar Industry*), D.O.C.E. L 140/17, de 26 de mayo de 1973. “*la Comisión también considera como indicadores de una práctica concertada las continuas referencias al principio de ‘chacun chez soi’; la manera en que el principal proveedor, RT, exigía a sus distribuidores exportar, a parte de la suya propia, también azúcar de otros productores, sólo al precio alineado con el vigente en el país de destino; así como el hecho de que las empresas del sector del azúcar en el país de destino vinculaban a los principales productores prohibiéndoles comercializar azúcar extranjera sin su consentimiento. (...) Las prácticas concertadas descritas tenían como efecto y objeto impedir, restringir y falsear la competencia en el Mercado Común*”.

²⁰² Las prácticas en cuestión consistían básicamente en: 1) Entregas de un productor a sus competidores y viceversa; 2) Medidas relativas al comercio intracomunitario que hacían referencia a entregas a compradores distintos de los propios competidores (acuerdos entre productores sobre los mercados a los que iría destinada el azúcar, aumentos de precios, alineamiento de los precios con los de el país de destino); 3) Medidas relativas a los distribuidores y dirigidas a impedir o limitar la libre importación y exportación en el Mercado Común, obligándoles de esta manera a respetar los acuerdos adoptados por los productores; 4) Acuerdos sobre los contingentes destinados a la exportación en relación con los ingresos provenientes del comercio con terceros países.

²⁰³ “*la Comisión también considera como indicadores de una práctica concertada las continuas referencias al principio de ‘chacun chez soi’; la manera en que el principal proveedor, RT, exigía a sus distribuidores exportar, a parte de la suya propia, también azúcar de otros productores, sólo al precio alineado con el vigente en el país de destino; así como el hecho de que las empresas del sector del azúcar en el país de destino vinculaban a los principales productores prohibiéndoles comercializar azúcar extranjera sin su consentimiento. (...) Las prácticas concertadas descritas tenían como efecto y objeto impedir, restringir y falsear la competencia en el Mercado Común*”.

“la aplicación de las subidas de precio ha llevado a otros compradores italianos a concluir contratos de suministro estableciendo condiciones diferentes para prestaciones equivalentes. Este aumento de precio no puede justificarse por el margen comercial respecto a los costes de distribución y, mucho menos, por el margen de seguridad”.

b) Algunas categorías particulares de acuerdos.

Dentro de la categoría jurídica general de los acuerdos son especialmente importantes los que se concluyen entre una empresa matriz y su filial. Varias sentencias del Tribunal han establecido que un acuerdo entre matriz y filial está fuera del artículo 81.1. Así, en la Sentencia *Béguelin Import c. GL Import Export*²⁰⁴, señaló que dicho precepto no se aplicaba a un acuerdo entre matriz y filial que “*aunque tenga una personalidad jurídica distinta, no tiene independencia económica*”, ampliando si cabe aún más este concepto en *Centrafarm c. Sterling Drug*²⁰⁵.

Otro grupo de acuerdos relevantes en la tipificación de la discriminación de precios son aquellos que se adoptan en el seno de relaciones comerciales verticales (v. gr. contratos de distribución) y que tienen por objeto restringir el comercio entre Estados miembros, pero sin aplicar directamente una prohibición de exportar, sino precisamente a través de una política de precios discriminatorios entre consumidores, aplicando precios diferentes en función del territorio en el que deban entregarse las mercancías.

Así, en la Decisión *Distillers Company Limited*²⁰⁶, se rechazó el argumento del fabricante de que los precios netos más bajos del Reino Unido eran fundamentalmente resultado de la presión de unos pocos clientes muy poderosos, y que por ello hubiera sido inapropiado aplicar dichos precios también para el contingente de mercancía destinado a la exportación.

Los motivos aducidos por la Comisión para la determinación de existencia de infracción del artículo 81.1 fueron que, en primer lugar, las condiciones de precio estaban dirigidas a proteger a los distribuidores de *Distillers* en cualquier lugar de la Comunidad de las “exportaciones paralelas” provenientes del Reino Unido. En segundo lugar, porque a los efectos de los consumidores del resto de la Comunidad se les impedía beneficiarse de las condiciones competitivas existentes en el Reino Unido. Tras el recurso, la Sentencia *Distillers*²⁰⁷ vino a confirmar la posición inicial de la Comisión.

La cuestión del comercio paralelo ha sido, como veremos, una fuente inagotable de pronunciamientos de las autoridades comunitarias sobre discriminación de precios, como la Decisión *Pittsburg Corning Europe*²⁰⁸ (precios distintos según el territorio para impedir

²⁰⁴ Sentencia del TJCE, de 25 de noviembre de 1971, Asunto 22/71, *E.C.R.* (1971), p. 0949.

²⁰⁵ Sentencia del TJCE, de 31 de octubre de 1974, Asunto 15/74, *E.C.R.* (1974), p. 1147, donde sostuvo que el artículo 81.1 no se aplica a acuerdos “*entre empresas pertenecientes al mismo grupo y que estén en relación de matriz y filial si las empresas forman una unidad económica en la que la filial no tiene libertad real para determinar su modo de actuar en el mercado, y si los acuerdos o prácticas en cuestión se refieren simplemente a la asignación interna de funciones entre las empresas*”.

²⁰⁶ Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 1978, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/28.882), *D.O.C.E.* L 50/16, 1978.

²⁰⁷ Sentencia del TJCE, de 10 de julio de 1980, Asunto 30/78, *Distillers Company Limited c. Comisión de las Comunidades Europeas*, (1980) *E.C.R.* p. 2229.

²⁰⁸ Decisión 72/403/CEE, de la Comisión, de 23 de noviembre de 1972 (IV/26.894 – *Pittsburg Corning Europe – Formica Belgium – Hertel*), *D.O.C.E.* L 272/35, 1972.

importaciones paralelas), la Decisión *Hennessy-Henkell*²⁰⁹ (el distribuidor garantizaba un precio y un margen suficiente para protegerse del comercio paralelo), la Decisión *Polistil / Arbois*²¹⁰ (una cláusula de precio similar se insertó para combatir la posible competencia de importadores paralelos de los productos del suministrador). Como se ha señalado, “aquellos que abogan por normativas que restrinjan el comercio paralelo argumentan que la discriminación de precios internacional mejora el bienestar a nivel global (...) en línea con el planteamiento adoptado por la Escuela de Chicago”²¹¹.

c) Las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

No faltan, en las resoluciones de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, pronunciamientos a este respecto. Recientemente, en la Resolución *Líneas Aéreas*²¹², nuestra máxima autoridad antitrust ha rechazado una aplicación amplia de la categoría de “práctica concertada” que había propuesto el Servicio de Defensa de la Competencia. En la Resolución *Laboratorios Farmacéuticos*, en la que precisamente se aborda la negativa injustificada de suministro que varias empresas de especialidades farmacéuticos llevaron a cabo con el fin de evitar las exportaciones paralelas, se ofrece además una nítida definición de “práctica conscientemente paralela”²¹³.

Es precisamente esta cláusula una de las principales diferencias entre nuestro ordenamiento nacional de competencia y el europeo, ya que el art. 1.1 LDC contempla la “práctica conscientemente paralela” como *acuerdo prohibido*, pero esta mención no está presente en el correlativo catálogo de *collusive agreements* del art. 81.1 del Tratado de la UE²¹⁴. Por otro lado, cuando la empresa Apple Computer entendió que había sido discriminada en un pliego de condiciones redactado por la Dirección General del Patrimonio del Estado para un concurso de microordenadores, precisó el Tribunal en su

²⁰⁹ Decisión de la Comisión 80/1333/CEE, de 11 de diciembre de 1980 (IV/26.912 – *Hennessy /Henkell*) D.O.C.E. L383/11, de 31 de diciembre de 1980.

²¹⁰ Decisión de la Comisión 84/282/CEE, de 16 de mayo de 1984 (IV/30.658 – *Polistil /Arboris*), D.O.C.E. L 136/9, de 23 de mayo de 1984.

²¹¹ BAUDENBACHER, C., “Trademark Law and Parallel Imports in a Globalized World - Recent Developments in Europe with Special Regard to the Legal Situation in the United States”, 22 *Fordham Int'l L. J.* 645 (1999), pág. 673.

²¹² Resolución del TDC, de 29 de noviembre de 2001, Expte. 432/98, *Líneas Aéreas*: “en definitiva, para el Servicio la conducta paralela de los operadores, junto a la existencia de un contacto efectivo entre las partes y la simultaneidad de las modificaciones de tarifas y comisiones con la suscripción de contratos formales demuestran la existencia de una práctica concertada entre Iberia, Air España y Spanair. Todos conocían antes de anunciarlos cuáles serían los movimientos de sus competidores” (Antecedente de Hecho nº 12).

²¹³ Resolución del TDC, de 12 de febrero de 2001, Expte. R 437/00: “comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar, cada una de ellas las respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una previamente los fines y medios de las demás” (Fto. Jco. 3º).

²¹⁴ El enfoque que se da al comportamiento conscientemente paralelo en el ámbito comunitario es a través del concepto de práctica concertada según el tratamiento que proporciona la Teoría del Oligopolio No-Colusorio. En efecto, a raíz de una serie de importantes pronunciamientos (*Dyestuffs*, el mismo *Suiker Unie* que luego comentaremos y la “saga” de los asuntos *Propylene* y *Woodpulp*) se ha denunciado el peligro que supone aplicar la teoría del oligopolio no-colusorio a la noción de práctica concertada en el Tratado CE, pues al margen de la indefinición del test que actualmente se maneja, parece cuando menos temerario deducir la existencia de una práctica concertada sobre la base únicamente de la apreciación de una conducta paralela. *Vid.*, a este respecto, ALESE, F., *op.cit.*, págs. 379 a 383.

Resolución *Microordenadores*²¹⁵ que “no ha existido tal infracción ya que los artículos 1 LDC y 85.1 del Tratado exigen la concurrencia de varios autores mientras que, en cualquier caso, la conducta denunciada sería un acto unilateral de la administración”, postura que ha mantenido el Tribunal en otros casos de supuesta discriminación por redacción unilateral de condiciones de un contrato (Resolución *Universidad de Santiago*²¹⁶), y que le ha llevado a excluir del ámbito de aplicación de este artículo a la actuación tanto de los agentes comerciales (Resolución *CEPSA*²¹⁷) como de los mediadores o comisionistas (Resolución *B.P. Oil España*²¹⁸), pues en ambos casos carecen de la libertad económica para decidir ya que su actividad es complementaria de la del empresario para el que actúan. Por último, se entiende que sí cae en el ámbito del art. 1.1 LDC los acuerdos entre Colegios Profesionales para la fijación de honorarios mínimos (Resolución *Aparejadores de Valencia y Alicante*²¹⁹).

d) Los asuntos *Bayer* y *GLAXO*.

Uno de las más recientes pronunciamientos en este respecto es la Sentencia *Bayer*²²⁰, en la que el Tribunal de Primera Instancia abordando la cuestión del comercio paralelo.

Aunque es todavía pronto para hacer apreciaciones sólidas sobre el alcance de esta importante Sentencia, la doctrina²²¹ ya ha señalado sus implicaciones para el espinoso asunto del comercio paralelo de productos farmacéuticos y las enseñanzas que de ella pueden extraerse para otros asuntos todavía pendientes como los de la acusación de discriminación de precios a la empresa *Glaxo*.

En efecto, la Resolución²²² de adopción de medidas cautelares del Tribunal de Defensa de la Competencia contra la empresa *GLAXO WELLCOME S.A.* en el año 1998 ha sido la primera de una serie de pronunciamientos tanto españoles como comunitarios que han abordado esta cuestión.

Los hechos que motivaron esta Resolución fueron, básicamente, los siguientes: El 6 de marzo de 1998, el Departamento Comercial de *GLAXO* envió a los distribuidores mayoristas las condiciones generales de venta de las especialidades farmacéuticas

²¹⁵ Resolución del TDC, de 23 de junio de 1998, Expte. R 278/97, *Microordenadores*, Fto. Jco. nº 1.

²¹⁶ Resolución del TDC, de 2 de marzo de 1998, Expte. R 275/97, Fto. Jco. nº 9.

²¹⁷ Resolución del TDC, de 1 de abril de 1998, Expte. R 280/97, Fto. Jco. nº 2.

²¹⁸ Resolución del TDC, de 13 de enero de 1997, Expte. R 172/96.

²¹⁹ Resolución del TDC, de 14 de abril de 1998, Expte. 374/96.

²²⁰ *Bayer AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000, Asunto T- 41/96, Rec. 2000, p. 0001: “el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades (Párrafo nº 69); (...) tal es el caso, en particular, de las prácticas y las medidas restrictivas de la competencia que, aun habiendo sido adoptadas de forma aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de sus relaciones contractuales con sus distribuidores, cuentan sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos” (Párrafo nº 71).

²²¹ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Importaciones paralelas de productos farmacéuticos y derecho de la competencia. Comentario a la Sentencia del TPI de 26 de octubre de 2000 (Asunto T-41/96, *Bayer AG c. Comisión*)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 201, Octubre de 2001, págs. 99 a 109.

²²² Resolución del TDC en el Expediente MC 29/98 (nº 1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia) de medidas cautelares, de 16 de octubre de 1998, *GLAXO*.

comercializadas por dicho Grupo empresarial, haciéndoles saber que entrarían en vigor el 9 del mismo mes.

Las citadas condiciones generales, que tienen por objeto fijar el marco contractual en el que se desarrolla la venta de especialidades farmacéuticas a los almacenes mayoristas distribuidores de medicamentos, incluyen una condición 4ª en la que se establecen dos listas de precios según el destino de los productos:

1) La condición 4ª A, aplicable a las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a fondos de la Seguridad Social española o fondos estatales afectos a la sanidad y comercializados con carácter nacional a través de oficinas de farmacia y hospitales españoles, establece que el precio no superará al precio industrial máximo que fijen las autoridades sanitarias españolas.

2) La condición 4ª B, aplicable a las especialidades farmacéuticas en que no concurren las circunstancias antes citadas, prevé que el precio será fijado por GLAXO de acuerdo con criterios económicos reales, no discriminatorios y siempre con total independencia del destino que dé a las mismas el almacén adquirente. En particular, GLAXO aplicará a sus especialidades farmacéuticas el precio que, sobre la base de estudios económicos internos, haya propuesto inicialmente a las autoridades sanitarias españolas, objetivamente actualizado tomando en cuenta el incremento del coste de la vida.

Es de resaltar que los precios de la lista 4 B son en algunos casos hasta 25,4 veces superiores a los de la lista 4 A, siendo mayores en aquellos productos cuya autorización por el Ministerio es anterior.

A este respecto, las alegaciones de GLAXO (recogidas en el Fundamento de Derecho 8º de la Resolución) pueden sistematizarse básicamente en dos puntos:

1) No hay discriminación de precios porque GLAXO sólo fija uno de los precios con criterios objetivos, mientras que el otro es fijado por la Administración.

2) Las nuevas Condiciones Generales de Venta no impiden el comercio paralelo.

Son la misma cuestión, pues la finalidad de la discriminación es precisamente evitar el comercio paralelo de especialidades farmacéuticas.

Para rebatir las afirmaciones de GLAXO sobre la intervención administrativa de precios, hace el Tribunal una remisión al artículo 100 de la Ley 25/1990 del Medicamento y a la regulación sobre el régimen de fijación de precios industriales²²³, teniendo en cuenta, además, que al decidir libremente comercializar sus productos en España -sin tener ninguna obligación para ello-, debe aceptar todas las consecuencias de nuestra normativa en esta materia.

La principal cuestión a tratar es, pues, la que hace referencia al “objeto o efecto” de la cláusula 4 de las nuevas condiciones generales de venta. Como hemos visto anteriormente, no es el acuerdo en sí lo que el art. 85.1 sanciona, sino las consecuencias restrictivas de la competencia que de él se derivan.

Según GLAXO, su política de diferenciación de precios en las condiciones generales de venta no impide el comercio paralelo. Sin embargo, esta afirmación la contradice la propia GLAXO en manifestaciones que obran en el expediente, en el sentido de que “su única finalidad y su único efecto es restringir las exportaciones de especialidades farmacéuticas desde España hacia otros Estados de la Comunidad Europea”

²²³ Real Decreto 271/90, de 23 de febrero, en virtud de la remisión que hace al mismo la Disposición Transitoria octava de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(folio 488), y viene también desvirtuada porque tal finalidad es la que ha sido claramente percibida por los mayoristas, ya que a partir de la firma de las condiciones generales muchos suprimieron las exportaciones de determinados productos, que carecían en las nuevas condiciones de interés comercial.

Partiendo de estas premisas, concluye²²⁴ el TDC que es de aplicación el precedente *Sandoz*. En aquella Decisión la Comisión, sobre la que luego recayó la Sentencia *SANDOZ*²²⁵, se sancionó la conducta por la que dicha empresa -mediante la cláusula “prohibida la exportación” que figuraba en las facturas que empleaba- conseguía el efecto de “evitar, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común”, llevando a cabo una compartimentación de los mercados nacionales contraria a los objetivos básicos de la Comunidad.

Entiende por tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia que existe una infracción del art. 85.1 del TCE. Existe una práctica restrictiva de la competencia consistente en un acuerdo colusorio para la aplicación de precios discriminatorios.

e) La Decisión *KODAK*.

De especial importancia en cuanto a la configuración jurisprudencial de la discriminación de precios como práctica concertada es la Decisión *Kodak*²²⁶, uno de los pronunciamientos de la Comisión que más comentarios -y críticas- ha merecido de la doctrina.

Resumidamente, *Kodak* incluía una cláusula en sus contratos de distribución por la que los compradores se comprometían a no exportar los productos a terceros países. Por otro lado, en 1963 las filiales europeas introdujeron en sus Condiciones Generales de Venta, las cláusulas 1 y 2, por las que los pagos por todas las transacciones realizadas en un determinado país debían hacerse a los precios vigentes en ese país y a la filial de *Kodak* establecida allí. Ambas prácticas fueron denunciadas ante las autoridades comunitarias, entre otros motivos por entender que dicha política comercial era una política de precios discriminatorios, ya que se aplicaban diferentes precios en diferentes países por unas prestaciones equivalentes. La Comisión, en este importante pronunciamiento, abordó dos cuestiones fundamentales:

1) En primer lugar, se entendió que la prohibición que dicha empresa estableció de exportar sus productos era una restricción ilegal del comercio, y por lo tanto contraria al artículo 81.1 del Tratado CE. Esta cuestión no ofrece complicación alguna, con lo que no nos detendremos en ella.

2) En segundo lugar, y más interesante, la Decisión *Kodak* supuso la aplicación del artículo 81.1 a la política de precios implementada por una sola empresa, en cuanto aspecto o rasgo de su política comercial, pero sin que hubiera ningún acuerdo con otra entidad.

²²⁴ Resolución *GLAXO*, Expte. MC 29/98, folio 19: “*resulta aplicable al presente expediente el criterio adoptado por la Comisión Europea -ratificado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad- en su Decisión de 13 de julio de 1987, en el asunto SANDOZ, precedente que se refiere específicamente al comercio paralelo de especialidades farmacéuticas cuyo origen se realizó en un país -Italia- en el que las características del mercado farmacéutico se corresponden con las del mercado español*”.

²²⁵ Sentencia del TJCE, *Sandoz c. Comisión*, Caso C-277/87, 1990, I E.C.R. 45.

²²⁶ Decisión 70/332/CEE, de la Comisión, de 30 de junio de 1970, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/24055- *Kodak*), D.O.C.E. L 147/24, 1970.

Como se ha señalado acertadamente, “el peso abrumador de la opinión doctrinal mayoritaria ha sido insistir en que el artículo 85.1 no prohíbe la discriminación de precios llevada a cabo por una única empresa como expresión de sus propias políticas comerciales y sin perseguir un acuerdo colusorio con terceros”²²⁷. Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia *Viho Europe BV c. Comisión*²²⁸ ha reiterado que:

“la discriminación que el artículo 85.1. d) prohíbe debe ser el resultado de un acuerdo, decisión o práctica concertada entre entidades económicas distintas e independientes, y no el resultado de una conducta unilateral llevada a cabo por una empresa singular”.

Es evidente que los términos en que estaban redactadas sus Condiciones Generales de Venta daban lugar a una compartimentación de mercados, ya que al obligar a realizar todas las transacciones en un país al precio de ese país y a la filial *Kodak* de allí se impedía a los distribuidores aprovecharse de los posibles diferenciales de precio, con lo que se evitaba el arbitraje. Lo que se ha discutido ampliamente es la idoneidad de la aplicación del artículo 81.1 en este supuesto concreto. En un estudio doctrinal, el profesor LAZEROW mantuvo que el supuesto “acuerdo” puede encontrarse en cada uno de los contratos individuales celebrados entre la empresa que venda los productos *Kodak* y sus compradores²²⁹.

Otros autores han destacado el hecho de que la Comisión principalmente estaba sancionando la compartimentación de mercados –consecuencia de evitar el comercio paralelo y el arbitraje de precios- y la discriminación de precios en razón de la nacionalidad²³⁰. Igualmente, se ha puesto de manifiesto que la función del artículo 81.1 es proteger la competencia, no a los competidores, que dicha Decisión es un reflejo de la inseguridad jurídica existente en la Comunidad Europea fruto de mezclar objetivos políticos con criterios de mercado, y finalmente, que falla al no distinguir una transacción individual con efecto discriminatorio de una política comercial dirigida a discriminar en precios entre los diferentes clientes²³¹.

f) El requisito del “efecto” sobre la competencia.

Uno de los rasgos que mejor distinguen el ámbito propio del artículo 82 del ámbito del artículo 81.1, es que éste no es de aplicación más que si el acuerdo en cuestión tiene como “objeto o efecto impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia en el Mercado Común”. En muchos casos será evidente que el acuerdo tiene tal objeto o efecto, pero en otros muchos no lo será tanto, en parte por la dificultad en definir el concepto de *restricción de la competencia*, y en parte por la diversidad y complejidad de los precedentes

²²⁷ SCHEUERMANN, FRED S., “Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the *Kodak* Decision and Price Discrimination under Article 85 of the Rome Treaty”, *J. World Trade L.*, nº 5, 1971, pág. 538.

²²⁸ Sentencia del TJCE de 24 de octubre de 1996, Asunto C-73/95 P, E.C.R. (1996) p. I-5447, Fto. Jco. nº 7.

²²⁹ LAZEROW, H. I., “Price Discrimination and the Treaty of Rome; the Jurisdictional Elements”, *Federal Bar Journal*, nº 23, 1963, págs. 147 y ss.

²³⁰ SCHEUERMANN, F. S., *op.cit.*, págs. 533 a 544.

²³¹ CANENBLEY, C., “Price Discrimination and EEC Cartel Law: A Review of the *Kodak* Decision of the Commission of the European Communities”, *17 Antitrust Bull.* 269 (1972), págs. 269 a 281.

jurisprudenciales. Probablemente por ello la doctrina haya dedicado amplios esfuerzos a delimitar este concepto²³²; pese a su indudable interés, no nos proponemos aquí llevar a cabo un análisis exhaustivo de la cuestión, sino simplemente estudiar en qué medida los precios discriminatorios son aptos para originar una restricción de la competencia, y por tanto susceptibles de ser regulados por el artículo 81.1.

La principal dificultad que este concepto plantea es distinguir qué restricción de la competencia es deseable y cuál no, porque todo contrato mercantil *de suyo* podemos decir que restringe la competencia, en la medida en que los bienes vendidos a un operador no los puedo vender a otro. Por el mismo motivo, un contratante (por ejemplo en un caso de licencia de una patente o concesión de una franquicia) no puede comerciar con los productos de que se trata si no es gracias a ese contrato presuntamente restrictivo. La cuestión es, por tanto, si un acuerdo que confiere un derecho, aunque sea un derecho cualificado, de comerciar con una mercancía determinada cuando antes no podía hacerlo, restringe o no restringe la competencia.

Todo ello nos lleva a plantear multitud de cuestiones cuyo análisis detallado excedería por completo el objetivo de este comentario. Dejamos, por tanto, de lado el estudio pormenorizado de las diferencias entre restricciones horizontales y restricciones verticales, la competencia *inter-brand* y competencia *intra-brand*, los problemas derivados de la actuación de los *free rider*, y el delicado equilibrio entre la necesidad de protección territorial (en el ámbito de los contratos de distribución y los derechos de propiedad intelectual e industrial) y la libertad de circulación de mercancías, que a su vez ha planteado el ya mencionado fenómeno de las importaciones paralelas.

Una de las fuentes de la inseguridad jurídica que ahora mismo planea sobre la noción de restricción de la competencia son las diferentes interpretaciones posibles de dicha cláusula del artículo 81.1. En efecto, por un lado se puede entender la prohibición del artículo 81.1 en un sentido amplio, permitiendo las restricciones de la competencia sólo a través de exenciones individuales o en bloque, según el artículo 81.3. Tal ha sido, en general, la postura adoptada por la Comisión Europea.

Por otro lado, una segunda interpretación es la de considerar que no toda “restricción” es necesariamente “restricción de la competencia” en el sentido del artículo 81.1, y por tanto indeseable, por lo que, aplicando un equivalente de la *rule of reason* norteamericana, es posible identificar los aspectos pro-competitivos de algunos acuerdos supuestamente restrictivos, y en consecuencia no obstar a su conclusión, sin necesidad de acudir al art. 81.3. Esta ha sido, en general, la postura adoptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

D) La protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

La discriminación de precios se aborda con frecuencia desde la perspectiva de la protección de los pequeños comerciantes. Así, muchas de las publicaciones²³³ sobre la Robinson Patman Act en Estados Unidos tienen como intención básica orientar a los pequeños comercios sobre cómo “quejarse” a la FTC.

²³² *Vid.*, por ejemplo, BELLAMY, C. y CHILD, G., *op.cit.*, págs. 93 y ss.

²³³ *Vid.*, por ejemplo, en la publicación *Business franchise guide*, el volumen correspondiente al periodo Marzo 1980 a Febrero 1983 (páginas 7500 a 7939), DOUGHERTY, ALFRED F., *Price discrimination: small business and the FTC, how to complain to the FTC*, Ed. Commerce Clearing House, Chicago 1980.

Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, también se ha abordado la regulación contra la discriminación de precios desde este ámbito. Así, en uno de los informes que se han citado anteriormente, *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom* (en adelante *Supermarket Report*), elaborado por la *Competition Commission* a propuesta del Director General de la OFT analiza en detalle las siguientes tácticas comerciales de los supermercados en el Reino Unido: promociones, cupones de fidelidad, alineamientos y guerras de precios, discriminación de precios, ventas bajo coste, liderazgo en precios y productos de marca propia.

Respecto a las ventas promocionales, afirma que “algunas promociones podían, en efecto, discriminar en contra de ciertos tipos de consumidores, o que cierto tipo de consumidores no serían capaces de aprovecharlas en toda su extensión”²³⁴. En efecto, se detalla a continuación como hay una serie de colectivos (ancianos, enfermos, no propietarios de coche, personas solteras y personas con intensidad baja de demanda) que, por no poder llegar a un determinado volumen en sus compras, claramente iban a pagar un precio superior por los mismos productos que otros compradores.

Sin embargo, esta protección frente a la discriminación de precios no se encuentra, en nuestra legislación específica –la *Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios*– más que de manera genérica, pero no explícita ni articulada en un precepto legal concreto. Aunque son evidentes las conexiones entre el art. 10 LDCU y el artículo 3 de la Directiva²³⁵ comunitaria que trata esta cuestión, en la medida en que ambos protegen a los consumidores de la posible abusividad de cláusulas generales introducidas en los contratos, como lo hace igualmente el art. 8.2 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, la lesión se refiere más bien a la buena fe y al justo equilibrio de contraprestaciones, no tanto al funcionamiento del mercado o la libre competencia.

Por ello, por la generalidad de estos conceptos en relación al tema que estamos estudiando, y por motivos de “economía de espacio” nos limitaremos a dejar enunciadas estas cuestiones sin entrar a un análisis más detallado de las mismas.

E) La Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

(-----)

4. Conclusiones: sobre las relaciones entre la política antitrust y las leyes de discriminación de precios.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, tanto en Estados Unidos como en los principales países industrializados de Europa y Asia, así como en Australia, las leyes contra la discriminación de precios han sido una de las áreas más problemáticas del derecho de defensa de la competencia y las políticas antitrust.

En Estados Unidos, después de algunas décadas de aplicación intensiva de las leyes antidiscriminación, parece detectarse cierta “apatía” por parte del Departamento de Justicia

²³⁴ *Supermarket Report*, Párrafo 7.77 (pág. 119).

²³⁵ Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, *D.O.C.E.* L 95/30, de 21.IV.1993.

y la Federal Trade Commission, motivada sin duda ninguna por las dificultades que entraña esta cuestión. La producción ingente de publicaciones sobre la Robinson Patman Act parece haberse estancado, y en los manuales de las Universidades y escuelas jurídicas se presta menos atención a esta cuestión. Así, en un libro que aborda de forma sistemática cuestiones relativas a los aspectos económicos de la regulación antitrust, se ha puesto de manifiesto que “en resumen, hay casos de discriminación de precios asistemática o temporal que son claramente beneficiosos socialmente. Lo complicado es distinguir en la práctica entre este tipo de discriminación y la discriminación sistemática practicada por un monopolista que puede resultar perjudicial. De ahí que las leyes contra la discriminación de precios son difíciles de diseñar y aplicar si se quiere que promuevan la eficiencia”²³⁶.

La crítica más común ha sido que las medidas contra la discriminación de precios son inherentemente anticompetitivas. Al permitir únicamente aquellas diferencias en precios que se basan en diferencias de costes, las leyes sobre discriminación impiden la competencia sobre la base de los descuentos, cuando –en ocasiones– es el único instrumento válido para competir en precios en sectores altamente concentrados. Esto da lugar a la coordinación en precios típicamente oligopolística. A la vez, el no poder bajar los precios en nuevos mercados desincentiva la entrada a los mismos. Por otro lado, los precios uniformes –los que las leyes contra la discriminación de precios buscan– tienden a homogeneizarse en el nivel alto, no en el bajo. Finalmente, y a un nivel más general, es universalmente admitido que cualquier control sobre los precios va contra la naturaleza misma de sistema de mercado.

Esto es así porque el diferente alcance que la legislación sobre discriminación de precios tiene en los diferentes países refleja, como no podía ser de otra manera, las prioridades que unos y otros establecen en el delicado equilibrio entre los objetivos –tantas veces contradictorios– de justicia y equidad competitiva y máxima eficiencia. Si en Capítulos anteriores hemos dedicado nuestra atención a la función que se le asigna al Derecho antitrust, en éste hemos analizado de qué manera ese objetivo se cumple con la regulación específica de la discriminación de precios, con resultados desiguales.

En Alemania, el empeño por defender el mercado y la competencia han dado lugar a una ley contra la discriminación de precios que es únicamente una extensión más de la prohibición general contra el abuso monopolístico y el poder de mercado; en Australia, en cambio, sólo se prohíbe la discriminación que reduce la competencia sustancialmente en el mercado, dando con ello una gran importancia a la competición en precios. Por su parte, en Irlanda y Francia, la ilegalidad de la discriminación de precios es totalmente independiente de que se cause un daño a la competencia.

En general, se puede decir que muchos de los argumentos que se dan en contra de la discriminación de precios se basan más en análisis apriorísticos del comportamiento de los precios en un modelo de oligopolio que en estudios empíricos de la realidad de los mercados. La ausencia de investigación econométrica de esta cuestión hace que las conclusiones a las que se ha llegado (basadas en razonamientos lógicos, apoyados por la gran mayoría de la doctrina y los expertos en la materia) sobre el impacto de la discriminación de precios en el bienestar y en la estructura competitiva hayan de considerarse susceptibles de ser refutados. Como han señalado dos profundos estudiosos de las implicaciones normativas y económicas de la regulación de los precios discriminatorios,

²³⁶ VISCUSI, K.; VERNON, J. y HARRINGTON, J., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd Ed., Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 2000, pág. 290.

los profesores ARMSTRONG y VICKERS, “a la vista de la naturaleza tan ambigua de los resultados, tan típica de la doctrina sobre precios discriminatorios (...), no pueden establecerse conclusiones sólidas sobre políticas normativas”²³⁷.

A parte ya del plano meramente teórico o conceptual, la aplicación de las leyes sobre discriminación de precios tiene también sus propias dificultades. Dado que las condiciones pretendidamente discriminatorias normalmente surgirán en el contexto de relaciones comerciales privadas entre proveedores y compradores, y dado que el alcance de la prohibición no sólo abarca los precios sino también las condiciones de crédito, publicidad, calidad de los productos, formas de entrega, etc., se concluye que el fenómeno jurídico de la discriminación de precios es especialmente difícil de observar.

Por otro lado, habida cuenta de las complejas y variadas manifestaciones prácticas que el fenómeno de la discriminación de precios puede revestir en el tráfico mercantil, no es difícil sortear la prohibición legal introduciendo condiciones en la oferta que, siendo netamente discriminatorias, no infringen la literalidad de las leyes. Así, hemos visto cómo en Estados Unidos la Robinson Patman Act ha dado lugar a la proliferación de las marcas privadas de los distribuidores y a que éstos minimicen la diferencias de los productos -en lo que a envasado y atributos físicos se refiere- que proporcionan a las grandes cadenas comerciales. Este tipo de “ajustes” en las condiciones de oferta para evitar la prohibición de la discriminación de precios también se ha observado en Australia y Francia.

No obstante, lo que sin duda ninguna más ha dificultado la aplicación de las leyes contra la discriminación de precios es precisamente el grado de incertidumbre y la falta de claridad en torno a los límites precisos de la figura misma y, en consecuencia, de la ley que debe regularla. Esta incertidumbre hace que las autoridades de competencia no sepan muy bien cómo aplicar estas leyes y que los agentes económicos que operan en el mercado no sepan muy bien cómo cumplirlas. Esto ha sido especialmente grave en aquellos países que han tratado de redactar sus normativas sobre discriminación de precios de manera que se evitara la excesiva rigidez en las políticas de precios que supone el exigir una relación muy estrecha entre diferenciales de precio y diferencias de costes.

A la vista de estas dificultades en cuanto al significado y el alcance preciso de la prohibición contra la discriminación de precios, era de esperar que los Tribunales jugaran un papel importante en la interpretación de las leyes y la correcta aplicación de las mismas. Como tendremos ocasión de ver largamente a lo largo de estas páginas, esta delimitación conceptual de la figura de la discriminación de precios ha tenido un éxito desigual en los diferentes países con un derecho de la competencia moderno y desarrollado. Podemos decir que en Estados Unidos, tras un momento inicial de vacilación en el que los Tribunales introducían más confusión de la que ya existía, sí se lleva a cabo correctamente esta función. Lo mismo que en el seno de la Unión Europea, a través de las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En España la labor del Tribunal de Defensa de la Competencia en este sentido digamos que ha pasado más o menos desapercibida, no tanto por la falta de calidad técnica de sus Resoluciones como por la ausencia de una línea jurisprudencial clara, motivada entre otras cosas por el escaso número de ocasiones en que nuestra máxima autoridad en materia

²³⁷ ARMSTRONG, M. y VICKERS, J., “Price Discrimination, Competition and Regulation”, *J. Ind. Econ.*, Vol. XLI, nº 4, Diciembre 1993, pág. 356.

de competencia se ha enfrentado con verdaderos casos de discriminación de precios. En Francia, Alemania, Irlanda y Austria las autoridades antitrust no han mostrado especial entusiasmo por la aplicación de las normas sobre la discriminación de precios.

De lo apuntado en el párrafo anterior debería deducirse lógicamente un florecimiento de ejercicio de acciones por parte de particulares. Sin embargo, las mismas razones de inseguridad jurídica que han desmotivado a las autoridades antitrust ha desincentivado la actuación privada contra la discriminación de precios que, con todo, supera ampliamente la pública.

De todo ello se pueden extraer las siguientes conclusiones: En primer lugar, hay un rasgo que convierte a la regulación de la discriminación de precios en un cuerpo legal bastante diferente del resto de parcelas del Derecho antitrust. En la mayoría de los países estudiados, las medidas al respecto se han introducido más como medio de proteger a los pequeños comercios de la competencia injusta de las grandes empresas que como medio de favorecer y estimular la competencia en el mercado.

En segundo lugar, en todos los países se han tenido en cuenta los posibles efectos anticompetitivos de las medidas sobre discriminación de precios. A pesar de que en muchos sitios –p. ej. Australia- la prohibición opera sobre la base de una reducción sustancial de la competencia, parece evidente –por lo menos según los estudios econométricos existentes hasta la fecha- que muchas de las normativas que regulan la discriminación de precios tienen como efecto una reducción del grado de competencia. Esto se debe, como hemos visto en los Capítulos precedentes, a la dificultad de detectar la discriminación de precios, la falta de vigor en la aplicación de la normativa por parte de las autoridades antitrust y los bajos niveles de cumplimiento por los agentes económicos, todo ello agravado por la incertidumbre sobre los límites de la regulación sobre precios discriminatorios. La discriminación de precios, lo hemos repetido hasta la saciedad, es un concepto difícil de definir. A la dificultad –a la que se dedica el Capítulo siguiente- de los complejos fenómenos económicos que subyacen en la discriminación de precios, se añade el hecho de que cuanto mayor es el esfuerzo para evitar los efectos anticompetitivos de esta figura limitando la prohibición y permitiendo aquella discriminación “razonable” o “pro-competitiva”, mayor es la dificultad en distinguir claramente la discriminación de precios legal y la ilegal.

En tercer y último lugar, el control de los precios discriminatorios dista de ser una tarea fácil, que supone, además, un alto coste. A los gastos de las autoridades de competencia y los Tribunales hay que añadir los gastos –mucho mayores, aunque no se perciban de forma inmediata o no se puedan a veces cuantificar- derivados de la falta de flexibilidad y competitividad de los precios y los costes adicionales que para las empresas supone el diseñar políticas comerciales que eviten la prohibición general contra la discriminación.

En definitiva, podemos decir que en vista de los variados problemas derivados de la normativa existente sobre discriminación de precios, surge la duda de si los instrumentos legislativos empleados hasta la fecha son la respuesta más adecuada al problema. Hemos constatado que la fuente principal de precios discriminatorios es el *bargaining power* de los grandes compradores más que el comportamiento monopolístico de los proveedores. Aunque en la mayor parte de las regulaciones que hemos estudiado se contempla la discriminación “inducida” por el comprador, ese aspecto de los textos legales es

probablemente uno de los menos sólidos y técnicos de unas leyes con una ya de por sí bastante defectuosa técnica legislativa.

En este sentido, la práctica ha puesto de manifiesto que no sólo es difícil identificar a veces la inducción a la discriminación, sino que en ocasiones es prácticamente imposible distinguir entre una negociación “dura” y el abuso del poder de compra.

Finalmente, se ha señalado²³⁸ que “centrarse en la discriminación de precios es distraer la atención de la fuente del problema a su manifestación externa”. Por ello, la perspectiva adoptada por las autoridades antitrust alemanas, que han buscado no tanto regular la discriminación de precios como tener las suficientes competencias como para tratar la fuente de esa discriminación, sea el poder de la oferta, sea el poder de la demanda, nos parece la solución más adecuada al problema.

²³⁸ GRANT, R. M., *op.cit.*, pág. 628.